



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

Dipartimento di Scienze Internazionalistiche e Studi sul Sistema

Politico ed Istituzionale Europeo

Dottorato di Ricerca in Diritto Internazionale

Ciclo XIX

TITOLO DELLA TESI

***La tutela del lavoratore migrante negli ordinamenti
internazionale e comunitario. Aspetti normativi e procedurali***

Coordinatore del Corso

Prof. Massimo Iovane

Dottoranda

Federica Morrone

Tutor

Prof.ssa Talitha Vassalli
di Dachenhausen

Anno Accademico 2006 - 2007

Alla mia famiglia

INDICE

<i>Elenco abbreviazioni (riviste)</i>	VI
---------------------------------------	----

<i>Introduzione</i>	1
---------------------	---

CAPITOLO PRIMO

La definizione di migrante e la nozione giuridica di lavoratore migrante

Premessa	6
1.1 La “vulnerabilità” dei soggetti migranti e la necessità della loro protezione internazionale	11
1.1.1 <i>Le cause della scarsa protezione dei diritti dei migranti</i>	14
1.1.1a Ostacoli di natura istituzionale	14
1.1.1b Ostacoli di natura sociale	15
1.1.1c Ostacoli di natura economica	17
1.1.2 <i>Alcune possibili soluzioni</i>	19
1.2 La nozione di <i>migrante</i>	21
1.3 La categoria del lavoratore migrante nel diritto delle Nazioni Unite e dell’Organizzazione internazionale del lavoro	25
1.3.1 <i>I problemi posti da alcune categorie di lavoratori migranti con riferimento al carattere temporaneo della loro permanenza nel territorio dello Stato di occupazione</i>	31
1.3.2 <i>I lavoratori migranti c.d. “irregolari”</i>	35
1.3.3 <i>La nozione di “lavoratore migrante” nell’ambito di talune organizzazioni internazionali</i>	38
1.3.3a Il Consiglio d’Europa	38
1.3.3b L’Unione europea	40
1.3.3c L’Organizzazione mondiale del commercio	48
Considerazioni conclusive	52

CAPITOLO SECONDO

Lo status di lavoratore migrante

Premessa	54
----------	----

Parte I - La tutela dei diritti fondamentali dei migranti

I-2.1 La clausola di non-discriminazione nei principali strumenti internazionali sui diritti umani	66
I-2.1.1 <i>Ambito globale</i>	74
I-2.1.1a La Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo	74
I-2.1.1b Il Patto internazionale sui diritti civili e politici	75
I-2.1.1c Il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali	78
I-2.1.1d La Convenzione sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale	84
I-2.1.2 <i>Ambito regionale</i>	86
I-2.1.2a La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali	86
I-2.1.2b La Convenzione americana sui diritti dell’uomo	89
I-2.1.2c La Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli e la Carta araba dei diritti dell’uomo	90
I-2.2 Deroche e restrizioni ai diritti fondamentali	91

I-2.3	Nozione e contenuto del diritto alla libertà di movimento	94
I-2.3.1	<i>Il diritto al ritorno e l'obbligo internazionale di riammissione</i>	100
I-2.4	L'espulsione di stranieri e i limiti al potere statale	102
I-2.5	Il diritto all'assistenza diplomatico-consolare	108

Parte II - La protezione del lavoratore migrante nell'ambito delle Nazioni Unite con particolare riferimento al ruolo svolto dall'Organizzazione internazionale del lavoro

II-2.1	Le principali iniziative condotte dalle Nazioni Unite in tema di migrazione internazionale	109
II-2.2	La Convenzione ONU sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia	116
II-2.2.1	<i>La Convenzione sui lavoratori migranti e le norme internazionali sui diritti umani</i>	118
II-2.2.2	<i>Una nuova concezione del "lavoratore migrante"</i>	125
II-2.2.3	<i>Le garanzie sostanziali in favore dei membri della famiglia del lavoratore migrante. Il problema dell'esistenza di un diritto al ricongiungimento familiare</i>	127
II-2.2.4	<i>Il meccanismo di garanzia previsto dalla Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti</i>	131
II-2.3	La prassi dell'OIL in materia di migrazioni internazionali	134
II-2.4	I diritti fondamentali dei lavoratori	138
II-2.4.1	<i>La natura consuetudinaria delle norme internazionali in materia di lavoro</i>	141
II-2.5	Le Convenzioni OIL in materia di migrazioni economiche internazionali	146
II-2.5.1	<i>La Convenzione sulla migrazione per motivi di lavoro: n. 97/1949</i>	148
II-2.5.2	<i>La Convenzione sui lavoratori migranti: n. 143/1975</i>	150
II-2.6	Le procedure di controllo nell'ambito dell'Organizzazione internazionale del lavoro	154

Parte III - La protezione del lavoratore migrante nel contesto regionale del Consiglio d'Europa

III-2.1	La Convenzione europea sullo status di lavoratore migrante e gli altri strumenti regionali	159
	Considerazioni conclusive	163

CAPITOLO TERZO

I diritti dei migranti in materia di lavoro

3.1	Le migrazioni internazionali per motivi di lavoro	165
3.2	Il principio di non-discriminazione e i lavoratori migranti: il parere consultivo della Corte inter-americana per i diritti dell'uomo sullo statuto giuridico dei lavoratori migranti irregolari	168
3.3	Il principio dell'eguaglianza di trattamento nella normativa OIL	172
3.3.1	<i>La convenzione sulla discriminazione in materia di impiego ed occupazione</i>	173
3.3.2	<i>Le norme sulla parità di trattamento dei lavoratori migranti: le convenzioni OIL n. 97/49 e n. 143/75</i>	175
3.4	La Convenzione internazionale sui lavoratori migranti e il principio di eguaglianza	178
3.4.1	<i>Il trattamento riservato ai lavoratori migranti temporanei in materia di lavoro</i>	181
3.5	L'eguaglianza di trattamento nella normativa adottata in seno al Consiglio d'Europa	183
3.6	Il diritto al lavoro come diritto fondamentale. La libertà di scelta di un'occupazione	187
3.6.1	<i>Il divieto di lavoro forzato nella normativa e nella prassi dell'Organizzazione internazionale del lavoro</i>	189
3.6.2	<i>La Convenzione ONU sui lavoratori migranti e la libera scelta di un'occupazione</i>	193
3.6.3	<i>I limiti imposti alla libertà di accesso all'occupazione dalla normativa del Consiglio d'Europa</i>	195
3.7	La disciplina internazionale delle libertà di associazione e dei diritti sindacali	197

3.7.1 <i>La natura e la portata del diritto alla libertà sindacale</i>	197
3.7.2 <i>Il riconoscimento dei diritti sindacali ai lavoratori migranti</i>	200
3.7.3 <i>La libertà di associazione sindacale negli strumenti regionali sui diritti umani</i>	205
3.8 <i>Il diritto alla sicurezza sociale</i>	207
3.8.1 <i>Caratteristiche fondamentali delle norme sulla sicurezza sociale: quali limitazioni per i lavoratori migranti?</i>	207
3.8.2 <i>I diritti in materia di sicurezza sociale nella Convenzione delle Nazioni Unite sui lavoratori migranti</i>	210
3.8.3 <i>Gli strumenti regionali e i diritti in materia di sicurezza sociale</i>	212
3.9 <i>Forme di sfruttamento connesse al fenomeno migratorio: il traffico di migranti e la tratta di esseri umani</i>	213
3.9.1 <i>I lavoratori migranti e le “moderne” forme di schiavitù</i>	218
3.9.2 <i>Le nuove pratiche di schiavitù come crimini contro l’umanità</i>	221
Considerazioni conclusive	224

CAPITOLO QUARTO

La tutela del lavoratore migrante nell’ordinamento comunitario e dell’Unione europea

4.1 <i>La disciplina comunitaria in materia di immigrazione ed asilo. Le novità introdotte dal Trattato di Amsterdam</i>	226
4.1.1 <i>Cenni sulla competenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee con riferimento agli atti ex Titolo IV TCE e sviluppi recenti</i>	234
4.2 <i>Norme derivate applicabili in materia di ingresso e di soggiorno dei cittadini dei Paesi terzi</i>	237
4.2.1. <i>La direttiva sul diritto al ricongiungimento familiare</i>	237
4.2.2. <i>Lo status di residente di lungo periodo</i>	242
4.2.3 <i>Immigrazione per motivi economici</i>	245
4.2.3a <i>Accesso al lavoro per i cittadini extracomunitari e necessità economiche dei mercati interni degli Stati membri</i>	245
4.2.3b <i>Il principio della parità di trattamento e il divieto di discriminazioni basate sulla razza e sull’origine etnica in relazione all’occupazione dei cittadini di Paesi terzi</i>	248
4.2.3c <i>Iniziative comunitarie in favore dei cittadini di Paesi terzi che migrano per motivi di studio o di ricerca</i>	250
4.2.4 <i>L’accesso al mercato del lavoro per i rifugiati e le persone beneficiarie di protezione internazionale</i>	253
4.3 <i>L’immigrazione illegale nell’ordinamento comunitario e dell’Unione europea</i>	256
4.3.1. <i>Misure di contrasto all’immigrazione illegale, al traffico di migranti e alla tratta di esseri umani tra primo e terzo pilastro</i>	258
4.4 <i>Le relazioni esterne dell’UE in materia di immigrazione</i>	263
4.4.1 <i>Gli accordi di associazione e i programmi di cooperazione</i>	263
4.4.2 <i>Gli accordi di riammissione</i>	264
4.4.3 <i>I rapporti di collaborazione tra UE, ONU e OIL in materia di migrazioni economiche</i>	272
Considerazioni conclusive	276
<i>Conclusioni</i>	278
<i>Indice bibliografico</i>	282

Elenco abbreviazioni (riviste)

<i>A&SL</i>	Air & Space Law
<i>AFDI</i>	Annuaire Français de Droit International
<i>ASI</i>	Affari Sociali Internazionali
<i>Asian Pac. M. J.</i>	Asian and Pacific Migration Journal
<i>Ass. soc.</i>	L'Assistenza sociale
<i>CI</i>	La Comunità Internazionale
<i>Civ. Eur.</i>	Civitas Europa
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>CP</i>	Cassazione Penale
<i>CS</i>	Comunicazioni e Studi
<i>Cg</i>	Corriere giuridico
<i>DCSI</i>	Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali
<i>DDP</i>	Digesto delle Discipline Pubblicistiche
<i>Dir. Comm. Int.</i>	Diritto del Commercio Internazionale
<i>Dir. fam. per.</i>	Il diritto di famiglia e delle persone
<i>Dir. immigr. cit.</i>	Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
<i>Dir. pubbl. comp. eur.</i>	Diritto pubblico comparato ed europeo
<i>Dir. Pubbl.</i>	Diritto Pubblico
<i>DL</i>	Diritto del Lavoro
<i>Dr. Fond.</i>	Droit Fondamentaux
<i>Dr. Soc.</i>	Droit Sociale
<i>DUE</i>	Il Diritto dell'Unione Europea
<i>EHR</i>	Enciclopedia of Human Rights
<i>EHRLR</i>	European Human Rights Law Review
<i>EJIL</i>	European Journal of International Law
<i>EJML</i>	European Journal on Migration and Law
<i>ELJ</i>	European Law Journal
<i>Enc. dir.</i>	Enciclopedia del diritto
<i>Enc. giur.</i>	Enciclopedia giuridica
<i>Enc. Novec.</i>	Enciclopedia Novecento
<i>EPIL</i>	Encyclopedia of Public International Law
<i>EPL</i>	European Public Law
<i>Essex HRR</i>	Essex Human Rights Review
<i>FMR</i>	Forced Migration Review
<i>Fordham Int'l L. J.</i>	Fordham International Law Journal
<i>Geo. J. Int'l L.</i>	Georgetown Journal of International Law
<i>GI</i>	Giurisprudenza Italiana
<i>GYBIL</i>	German Yearbook of International Law
<i>Harv. Int'l L. J.</i>	Harvard International Law Journal
<i>Hum. R. Q.</i>	Human Rights Quarterly
<i>Hum Rts. L. J.</i>	Human Rights Law Journal
<i>HRB</i>	Human Rights Brief
<i>HRLR</i>	Human Rights Law Review
<i>ICLQ</i>	International and Comparative Law Quarterly
<i>IJRL</i>	International Journal of Refugee Law
<i>IJSL</i>	International Journal of the Sociology of Law
<i>IM</i>	International Migration
<i>IMR</i>	International Migration Review

<i>Int'l J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.</i>	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
<i>Int'l J. Min. Gr. R.</i>	International Journal on Minority and Group Rights
<i>IYIL</i>	The Italiana Yearbook of International Law
<i>J. Int'l Eco. L.</i>	Journal of International Economic Law
<i>J. Int'l L. & For. Aff.</i>	Journal of International Law and Foreign Affairs
<i>JICJ</i>	Journal of International Criminal Justice
<i>JLSP</i>	Journal of Law and Social Policy
<i>JP</i>	Journal of Philosophy
<i>LIEI</i>	Legal Issues of Economic Integration
<i>Neth. Int'l L. R.</i>	Netherlands International Law Review
<i>NYIL</i>	Netherlands Yearbook of International Law
<i>Neth. Q. Hum. R.</i>	Netherlands Quarterly on Human Rights
<i>NDI</i>	Novissimo Digesto Italiano
<i>RAE</i>	Revue des Affaires Européen
<i>RBDI</i>	Revue belge de droit international
<i>RCADI</i>	Recueil des Cours de l'Académie de droit international
<i>RCGI</i>	Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale
<i>RDE</i>	Rivista di Diritto Europeo
<i>RDI</i>	Rivista di Diritto Internazionale
<i>REMI</i>	Revue Européenne des Migrations Internationales
<i>RGDIP</i>	Revue Générale de Droit International Public
<i>RI</i>	Relations Industrielles
<i>RIDPen</i>	Revue Internationale de Droit Penal
<i>RIDU</i>	Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo
<i>RIT</i>	Revue Internazionale du Travail
<i>Riv. it. dir. pubbl. com.</i>	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
<i>Riv. tr. dir. proc. civ.</i>	Rivista trimestrale di diritto processuale civile
<i>RSQ</i>	Refugee Survey Quarterly
<i>RTDE</i>	Revue Trimestrelle de Droit Européen
<i>RTDH</i>	Revue Trimestrielle de Droits de l'Homme
<i>SE</i>	Studi Emigrazione
<i>SIE</i>	Studi sull'Integrazione Europea
<i>SS</i>	Studi Senesi
<i>Va. J. Int'l L.</i>	Virginia Journal of International Law
<i>Yale Hum. R. & Dev. L. J</i>	Yale Human Rights and Development Law Journal

Introduzione

La premessa da cui tale lavoro trae ispirazione attiene alla constatazione che le migrazioni internazionali costituiscono un interessante parametro di riferimento per valutare le trasformazioni economiche, sociali e culturali in atto nella società attuale. In essa, infatti, coesistono due diverse tendenze: l'una riconducibile al fenomeno di interdipendenza economica, noto come "globalizzazione", che tende ad evidenziare l'enorme disparità economica già esistente tra i Paesi meno avanzati e i Paesi industrializzati, contribuendo ad incrementare il movimento transfrontaliero delle persone; l'altra fondata sulla "conservazione" del potere sovrano da parte degli Stati che, pur disponendo di un discreto margine di autonomia nella determinazione delle condizioni di ingresso, soggiorno e allontanamento dei migranti, assistono ad una progressiva limitazione della propria sovranità derivante dagli obblighi internazionali che oggi regolano il fenomeno in esame.

Per quanto il fenomeno migratorio internazionale si presti ad essere analizzato sotto un duplice aspetto, l'uno relativo alla presenza di elementi di coercizione (c.d. *migrazioni forzate*), e l'altro alla semplice volontà di cercare migliori opportunità di vita e di lavoro in un Paese che non sia quello di appartenenza (c.d. *migrazioni volontarie*), il nostro lavoro riguarderà prevalentemente questo secondo profilo e, in particolare, la dimensione economica delle migrazioni internazionali. Tra le ragioni che ci hanno indotto a prendere in esame questo specifico ambito vi è senza dubbio l'intenzione di approfondire uno degli aspetti principali della cooperazione internazionale multilaterale, ossia la tutela dei diritti del lavoratore occupato in un Paese diverso da quello di appartenenza. Tale prospettiva risulta di particolare interesse in ragione della condizione di vulnerabilità in cui versa tale categoria di soggetti migranti. Vi sono, infatti, alcuni elementi (l'irregolarità della condizione giuridica o la durata della permanenza nello Stato di occupazione) che condizionano in maniera più o

meno determinante il livello di protezione dei loro diritti. Per tale ragione, appare quanto mai opportuno analizzare l'attuale disciplina internazionale volta ad assicurare ai lavoratori migranti uno *standard* minimo di trattamento sia sotto il profilo della non-discriminazione che della tutela dei diritti umani al fine di definire un quadro sufficientemente chiaro delle garanzie che l'ordinamento giuridico internazionale offre a tali soggetti.

Definito in via generale l'oggetto dell'indagine, è opportuno chiarire che dal punto di vista metodologico un studio che si propone di analizzare il sistema delle fonti internazionali in materia di migrazioni economiche, non può essere condotto se non successivamente all'individuazione dei soggetti principalmente coinvolti, ossia i lavoratori migranti. Tale operazione passa preliminarmente attraverso il tentativo di definire il *migrante* come categoria giuridica autonoma. La pluralità di cause che determinano lo spostamento transfrontaliero di individui o gruppi (trasformazioni politiche, economiche, religiose, sociali, e ambientali) unitamente alla molteplicità dei soggetti migranti coinvolti (rifugiati, richiedenti asilo, profughi, apolidi, lavoratori migranti, ecc.) rendono assai difficile ricostruire i caratteri essenziali di una definizione onnicomprensiva del termine *migrante*. Tuttavia, tali premesse a nostro avviso non ostacolano il tentativo di ricostruire una definizione di "lavoratore migrante" nell'ambito di taluni ordinamenti giuridici sovranazionali mediante una ricognizione sommaria della prassi normativa pertinente.

Quanto all'individuazione delle fonti internazionali che disciplinano la condizione giuridica del lavoratore migrante, l'indagine è stata condotta prendendo in esame gli ordinamenti giuridici di talune organizzazioni internazionali (ONU, OIL, Consiglio d'Europa e UE).

Per quanto riguarda il sistema delle Nazioni Unite, va osservato che nonostante il notevole incremento delle iniziative promosse negli ultimi anni dagli organi di tale Organizzazione volte al rafforzamento della cooperazione multilaterale in materia di migrazioni internazionali, una specifica normativa sui lavoratori migranti è stata introdotta solo di recente

con l'adozione nel 1990 della *Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia* entrata in vigore nel 2003. Questa la ragione per la quale si è reso necessario, in via preliminare, inquadrare la tutela di tali soggetti nel più generale sistema di protezione internazionale dei diritti umani prendendo in esame quelle norme che regolano più da vicino i rapporti tra Stato territoriale e non cittadini (clausola di non discriminazione, diritto alla libertà di movimento, divieto di espulsione e diritto all'assistenza diplomatica e consolare), e successivamente, analizzare alcuni dei tratti innovativi della suddetta Convenzione.

Nell'ambito settoriale di competenza dell'Organizzazione internazionale del lavoro una specifica normativa a tutela dei lavoratori migranti è stata introdotta con l'adozione della *Convenzione sulla migrazione per motivi di lavoro* del 1949 (n. 97) e della *Convenzione sui lavoratori migranti* del 1975 (n. 143). Nel tentativo di ricostruire il quadro normativo di riferimento applicabile ai lavoratori migranti sulla base degli strumenti suddetti e della prassi pertinente, si è reso necessario rinviare preliminarmente a quell'insieme di norme, c.d. "core labour standards", che attribuiscono dei diritti fondamentali in materia di lavoro a tutti i lavoratori indipendentemente dalla nazionalità o dalla particolare condizione giuridica.

Inoltre, ha costituito oggetto di analisi il contesto regionale del Consiglio d'Europa nell'ambito del quale è stata adottata una specifica normativa a tutela dei lavoratori migranti, la *Convenzione europea sullo status di lavoratore migrante* del 1977. Si tratta di uno strumento che presenta alcuni tratti distintivi rispetto alle convenzioni adottate dalle Nazioni Unite e dall'OIL. L'ambito di applicazione della Convenzione europea del 1977, infatti, è limitato ai soli lavoratori in possesso della cittadinanza di uno Stato membro del Consiglio d'Europa (ne consegue, l'obbligo da parte di ciascun contraente di rispettare reciprocamente gli impegni assunti sul piano internazionale) e che abbiano ottenuto una specifica autorizzazione da parte dello Stato ospite in cui intendono

esercitare un'attività lavorativa (ossia coloro i quali si trovano in condizione regolare).

La trattazione ha riguardato, inoltre, l'analisi comparata dei tre diversi ordinamenti giuridici summenzionati con riferimento a quelle norme che riconoscono una serie di diritti sostanziali in favore dei lavoratori migranti. Abbiamo ritenuto di dover porre l'attenzione su quelle norme e quei principi (il principio dell'eguaglianza di trattamento rispetto ai nazionali, il diritto di accedere ad un'occupazione liberamente scelta e, dunque il divieto di lavoro forzato, le libertà sindacali e il diritto alla sicurezza sociale) che a nostro avviso rappresentano il nucleo essenziale dei diritti appartenenti alla sfera lavorativa, ma che rischiano di trovare scarsa applicazione nei confronti dei lavoratori migranti. Se, in linea di principio, la condizione migratoria non dovrebbe compromettere l'esercizio dei diritti in materia di lavoro, di fatto rischia di pregiudicarne in maniera significativa il godimento specie nei confronti di coloro i quali risiedono irregolarmente nel territorio dello Stato ospite. Tale situazione, come vedremo, ingenera una serie di fenomeni di sfruttamento sessuale ed economico configurabili come "moderne" forme di schiavitù.

Infine, particolare attenzione è stata dedicata agli ordinamenti giuridici comunitario e dell'Unione europea all'interno dei quali trovano applicazione sia norme di rango primario (si pensi al titolo IV TCE) in materia di immigrazione, sia norme derivate che istituiscono regimi speciali in favore dei c.d lavoratori extracomunitari che svolgono un'attività lavorativa nel territorio di uno degli Stati membri. La parte conclusiva dell'indagine, infatti, tenta di ripercorrere le fasi più significative dell'attività legislativa comunitaria in materia di politica migratoria europea tenendo conto delle principali innovazioni introdotte dal Trattato di Amsterdam. Accanto alle iniziative volte al consolidamento dello status di cittadino di Paesi terzi all'interno del territorio dell'Unione mediante il riconoscimento di una serie di garanzie che vanno dal ricongiungimento familiare al permesso di soggiorno per i residenti di lungo periodo, alla

tutela di coloro che migrano per motivi di studio o di lavoro, una particolare attenzione è stata rivolta all'adozione di misure dirette al contrasto dell'immigrazione clandestina e della tratta di esseri umani tra il primo e il terzo pilastro UE funzionali alla realizzazione di uno spazio di sicurezza, libertà e giustizia. Infine, nell'ambito delle relazioni esterne dell'UE una particolare attenzione è stata posta sugli accordi di cooperazione e di associazione stipulati con i Paesi terzi e i programmi regionali di assistenza tecnica e finanziaria che includono la c.d. "clausola sull'immigrazione", ossia prevedono misure di contrasto all'immigrazione illegale; nonché sugli accordi di riammissione stipulati dalla Comunità con i Paesi terzi in virtù dei quali le Parti contraenti si impegnano a riammettere nel proprio territorio i rispettivi cittadini oggetto di eventuali provvedimenti di allontanamento. In ultimo, si è rilevato che la previsione di una gestione multilaterale del fenomeno migratorio trova spazio anche in una serie di iniziative che la stessa Comunità ha condotto in collaborazione con altre organizzazioni internazionali, tra cui l'OIL e le Nazioni Unite.

CAPITOLO PRIMO

La definizione di migrante e la nozione giuridica di lavoratore migrante

Premessa

Il fenomeno migratorio¹, definito come “a population movement, encompassing any kind of movement of people, whatever its length, composition and causes”² (c.d. migrazione internazionale)³, include lo

¹ In generale sul fenomeno delle migrazioni internazionali, v. U. LEANZA, *Flussi migratori e stato dei migranti tra diritto internazionale, diritto comunitario e diritto italiano*, in I. CARACCILOLO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, Atti del Convegno 29-30 novembre 2004 tenutosi a S. Leucio nell'ambito del ciclo di convegni organizzati da Università e Ministero degli Esteri su migrazione, formazione e integrazione, Napoli, 2006, pp. 9-19; S. QUADRI, *I migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, in I. CARACCILOLO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, cit., pp. 115-122; B. NASCIMBENE, *Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Atti del IX convegno SIDI del 17-18 giugno 2004, 2005, Napoli, pp. 71-88; S. QUADRI, *Prospettive di evoluzione della condizione dei migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, in *CI*, 2/2005, pp. 309-325. La regolamentazione giuridica del fenomeno è normalmente affidata a ciascuno Stato che adotta, nell'esercizio della propria sovranità, la politica interna in materia di migrazione. È quanto ribadito dall'Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM), “l'organisation doit reconnaître le fait que le contrôle des standards relatifs à l'admission sur le territoire et au nombre d'immigrants à admettre sont des matières relevant de la législation nationale des États membres, et, dans l'exercice de ses fonctions, doit se confirmer aux lois, règlements et politiques des États concernés. (art. 1.3, Charte constitutive de l'Organisation internationale des migrations, consultabile su www.iom.int). L'OIM è un'organizzazione intergovernativa istituita nel 1951 e composta attualmente da 120 Stati membri e 20 Stati cui è stato riconosciuto lo status di osservatori. La Costituzione riconosce tra gli scopi e le funzioni dell'Organizzazione: “(to) make arrangements for the organized transfer of migrants...; (to) concern itself with the organized transfer of refugees, displaced persons and other individual in need of international migration services...; (to) provide, at the request of and in agreement with the States concerned, migration services such as recruitment, selection, processing, language training, orientation activities, medical examination, placement...and other assistance...; (to) provide similar services as request by States, or in cooperation with other interested international organizations, for voluntary return migration, including voluntary repatriation...; (to) provide a forum to States as well as international and other organizations for the exchanges of views and experiences, and the promotion of cooperation and coordination of efforts on international migration issues, including studies on such issues in order to develop practical solutions” (art. 1). L'OIM è dotata di tre organi: il Consiglio (composto dai rappresentanti degli Stati membri), il Comitato esecutivo (composto dai rappresentanti di nove Stati membri) e un'Amministrazione (composta dal Direttore generale e dal vice Direttore generale). Sull'OIM, v. R. PERRUCHOU, *L'Organisation internationale pour le migrations*, in *AFDI*, 1987, pp. 513-539.

² *Glossary on Migration, International Migration Law*, IOM, 2004, p. 41.

spostamento⁴ di diverse categorie di soggetti migranti, *refugees*⁵, *asylum-*

³ Ovvero come “déplacement durable de population entre le territoire de différents Etats souverains” (c.d. migrazione interna), cfr. J. SALMON (sous la direction de), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p. 704.

⁴ È evidente che, nel caso di migrazioni internazionali, lo spostamento avvenga mediante l'attraversamento delle frontiere. L'aspetto puramente geografico deve essere, dunque, inteso come elemento costitutivo del fenomeno in questione.

⁵ In generale, sulla nozione di *rifugiato* si veda B. NASCIMBENE, C. FAVILLI, voce *Rifugiati*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. V, Milano, 2006, pp. 5306-5311; E. LAPENNA, voce *Rifugiati*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, 1991, p. 1; G. BISCOTTINI, voce *Rifugiati*, in *Enc. dir.*, vol. XL, 1987, p. 895. Ai sensi dell'art. 1.1 sezione A della *Convenzione internazionale sullo status di rifugiato* del 1951 (pubbl. in *UNTS*, vol. 189, p. 137 e ratificata dall'Italia con legge 24 luglio 1954 n. 722, in *GU* n. 196 del 27 agosto 1954), il termine “rifugiato” si applicherà a colui che: “... a seguito di avvenimenti verificatisi anteriormente al 1 gennaio 1951, temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese, di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese: oppure che, non avendo la cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra ...”. Secondo LILLICH, per “rifugiato” deve intendersi “a person who is unable or unwilling to invoke the protection of his State of nationality because of well founded fear of persecution”. *The human rights of aliens in contemporary international law*, Manchester, 1984, p. 62. Lo Statuto dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati del 1950 contiene una definizione di rifugiato internazionale identica a quella elaborata dalla Convenzione di Ginevra con l'unica differenza che il primo, avendo applicazione universale, non prevede alcuna limitazione geografica e/o temporale. Tutte le definizioni di “rifugiato” contenute negli strumenti internazionali adottati successivamente alla Convenzione di Ginevra si rifanno sostanzialmente a questa. Per quanto riguarda quei soggetti che si trovano in quella che viene definita “a refugee-like situation”, pur non rientrando nella definizione statutaria riceveranno la stessa protezione che l'Alto Commissario garantisce ai rifugiati “statutari”. Sulla protezione internazionale dei rifugiati, cfr. M. FOSTER, *International Refugee Law and Socio-Economic Rights*, Cambridge, 2007; G. S. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *The refugee in international law*, Oxford, 2007; R. ERRERA, *The concept of membership of a particular social group in refugee law*, in P. M. DUPUY, B. FASSBENDER, M. N. SHAW, K. P. SOMMERMAN (eds.), *Common Values in International Law. Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Germania, 2006, pp. 133-151; J. C. HATHAWAY, *The rights of refugees under international law*, Cambridge, 2005; E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003; O. ANDRYSEK, *Protecting Refugees and Persons in Refugee-like situations*, in G. ALFREDSSON, J. GRIMHEDEN, B. G. RAMCHARAN, A. de ZAYAS (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms. Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, Boston, 2001, p. 347; J. FITZPATRICK (ed.), *Human Rights Protection for Refugees, asylum-seekers and internally displaced persons: A guide to international Mechanisms*, Transnational Publishers, 2001; J. HATHAWAY, *The International Refugees Rights Regime*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. VI, 2000; R. PISILLO MAZZESCHI, *Flussi di rifugiati e responsabilità dello Stato di origine*, in *RDI*, 1999, pp. 621-646. In generale sulla Convenzione di Ginevra del 1951, v. P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, pp. 151-172; A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, Padova, 2002, p. 71 ss.; e sulle principali iniziative internazionali sui rifugiati, sia consentito rinviare a F. MORRONE,

*seekers*⁶, *displaced persons*⁷ (o in generale *unrooted people*⁸), *stateless persons*⁹, *economic migrants*¹⁰. Negli ultimi anni, al consolidato fenomeno delle migrazioni per motivi economici¹¹, infatti, si è affiancato l'afflusso di

L'asilo nel diritto internazionale, in B. M. BILOTTA, F. A. CAPPELLETTI (a cura di), *Il diritto d'asilo*, Padova, 2006, p. 56 ss.

⁶ "Persons seeking to be admitted into a country as refugees and awaiting decision on their application for refugee status under relevant international and national instruments ...". *Glossary on Migration*, cit., p. 8. Sulla distinzione tra "rifugiati" e "richiedenti-asilo", v. *Second Report on expulsion of aliens* by Special Rapporteur, M. Kamto, Fifty-eighth session of International Law Commission, Doc. A/CN.4/573, del 20 luglio 2006, para. 96 ss.

⁷ Normalmente i soggetti appartenenti a tale categoria, definiti anche "profughi internazionali", sono costretti ad abbandonare il proprio Stato di appartenenza non già per la mancanza di protezione da parte di quest'ultimo a fronte di un loro legittimo timore di persecuzione, come nel caso dei rifugiati tradizionali, piuttosto per motivi che attengono a conflitti internazionali, occupazioni straniere, guerre civili o disastri ambientali. In tal senso, v. secondo rapporto del Relatore Speciale, M. Kamto, sull'espulsione degli stranieri, doc. A/CN.4/573, cit., para. 72. Occorre, inoltre, precisare che accanto alle *displaced persons* incontriamo un'altra categoria di migranti, i c.d. *internally displaced persons* (o sfollati) ossia "person or group of persons who have been forced or obliged to flee or to leave their homes or places of habitual residence, in particular as a result of or in order to avoid the effects of armed conflict, situations of generalized violence, violations of human rights or natural or human-made disasters, and who have not crossed an internationally recognized State border" (*Guiding Principles on Internal Displacement*, UN Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2). V. a riguardo, S. BAGSHAW, *Responding to the Challenge of Internal Forced Migration: The Guiding Principles on Internal Displacement*, in R. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOUD, E. MACDONALD (eds.), *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, T.M.C Asser Press, 2007, p. 189 ss. Ciò che consente di distinguere le due categorie non riguarda le ragioni dello spostamento, bensì la dimensione di quest'ultimo, ossia il fatto che gli sfollati non attraversano le frontiere nazionali bensì si trasferiscono in un'altra zona del Paese. Sul punto, v. U. LEANZA, *Flussi migratori e stato dei migranti tra diritto internazionale, diritto comunitario e diritto italiano*, in I. CARACCILO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, cit., pp. 11-12; e M. STAVROPOULOU, *Monitoring the Rights of the Internally Displaced*, in G. ALFREDSSON, J. GRIMHEDEN, B. G. RAMCHARAN, A. de ZAYAS (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms*, cit., p. 337.

⁸ "Those, who are forced to leave their communities: those who flee because of persecution and war, those who are forcibly displaced because of environmental devastation, and those who are compelled to seek sustenance in a city or abroad because they cannot survive at home". *Glossary on Migration*, cit., p. 67.

⁹ Si tratta di una categoria distinta da quella degli stranieri c.d. "ordinari", nella misura in cui quest'ultimi "are typically nationals of one State and aliens everywhere else", mentre per *stateless person* deve intendersi "an alien everywhere and a national nowhere". Cfr. R. B. LILLICH, *The human rights of alien in contemporary international law*, cit., p. 64. L'art. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite relativa allo *status* di apolidi (1954) definisce l'apolide come "a person who is not considered as a national by any State under operation of its law". In generale sulla Convenzione del 1954, v. A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, cit., p. 76 ss.

¹⁰ "A person leaving his/her habitual place of residence to settle outside his/her country of origin in order to improve his/her quality of life". *Glossary on Migration*, cit., p. 21.

¹¹ La c.d. globalizzazione dell'economia, evidenziando l'enorme disparità già esistente tra i Paesi meno avanzati e i Paesi industrializzati, ha contribuito ad incrementare il movimento

profughi e richiedenti asilo provenienti da paesi devastati da conflitti sanguinosi o retti da regimi autoritari e corrotti incapaci di assicurare ai loro cittadini l'esercizio dei diritti fondamentali¹². Molteplici, dunque, sono le cause che spingono individui, minoranze o intere popolazioni ad abbandonare il proprio Paese di origine in cerca di condizioni più favorevoli¹³.

La migrazione internazionale presenta due aspetti distinti ma, al tempo stesso, correlati: da un lato, l'*emigrazione*, intesa come “action pour une persone physique de quitter le pays dans le quel elle réside pour s'établir durablement dans un autre pays, dont elle ne possède pas la nationalité”¹⁴; e dall'altro, l'*immigrazione*, ossia una “action de personnes physiques qui se rendent dans un Etat autre que celui dont elles possèdent la nationalité, avec

transfrontaliero delle persone. Tuttavia, i vantaggi materiali di pochi sono stati accompagnati dallo sfruttamento economico di molti (forme contemporanee di lavoro forzato e schiavitù, prostituzione, traffico di minori, ecc.), tanto da causarne il repentino impoverimento e l'inevitabile marginalizzazione sociale. In argomento, v. M.C. CALOZ-TSCHOPP, P. DASEN, *Globalization, migration and human rights*, Bruxelles, 2007; C. W. RUDOLPH, *Globalization, Sovereignty, and Migration: A conceptual Framework*, in *J. Int'l L. & For. Aff.*, vol. 3(2), 1998, pp. 325-355.

¹² È questa la situazione di quanti “costretti” ad abbandonare il proprio Paese di origine cercano rifugio altrove. Pur non rientrando nel concetto tradizionale di migrazione intesa nel senso di “movimento/spostamento volontario” di individui da un Paese ad un altro, tali circostanze assumono oggi un rilievo specifico nell'ambito del più generale fenomeno migratorio transnazionale (nel cui ambito sono da includere pertanto le c.d. *migrazioni forzate*). A fronte di un così ampio sistema, non è sempre facile poter distinguere il migrante “economico” dal richiedente-asilo, specie se si considerano quelle situazioni in cui un individuo che intende ottenere un impiego in un Paese diverso da quello di appartenenza, in assenza di un regolare permesso di soggiorno e di un conseguente contratto di lavoro, decide di ricorrere, in maniera trasversale, alla procedura di richiesta di asilo. Sul punto, cfr. A. C. HELTON, E. JACOBS, *What is forced migration?*, in A. F. BAYEFSKY (ed.), *Human rights and refugees, internally displaced persons and migrant workers. Essays in memory of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton*, Boston, 2006, p. 10; G. S. GOODWIN-GILL, K. NEWLAND, *Forced migration and international law*, in A. ALEINIKOFF, V. CHETAIL (eds.), *Migration and International legal norms*, The Hague, 2003, p. 123 ss.; J. VAN DER KLAUW, *Irregular Migration and Asylum-seeking: forced marriage or reason for divorce?*, in B. BOGUSZ, R. CHOLEWINSKI, A. CYGAN, E. SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Boston, 2004, pp. 115-116; G. S. GOODWIN-GILL, K. NEWLAND, *Forced migration and international law*, in T. A. ALEINIKOFF, V. CHETAIL (eds.), *Migration and International Legal Norms*, cit., p. 123 ss.

¹³ Il fenomeno migratorio transnazionale sviluppatosi nel corso del XXI secolo si configurerebbe come una moderna forma di “nomadismo”, cfr. J. ATTALI, *Dictionnaire du XXI siècle*, Fayard, 1998, pp. 232-233. Sulle caratteristiche del processo migratorio, si veda S. GRANT, *International migration and human rights*, su www.gcim.org, sett. 2005, p. 4 ss.

¹⁴ Cfr., J. SALMON, *Dictionnaire*, cit., p. 422.

l'intention de s'y fixer définitivement ou pour une assez longue période"¹⁵. In entrambi i casi sono ben evidenti l'intenzione e l'aspirazione ad una sistemazione definitiva, o comunque di lungo periodo, nel Paese di destinazione¹⁶. Pertanto, la condizione giuridica dell'emigrato e/o dell'immigrato, secondo alcuni, appare ben distinta da quella dello *straniero*¹⁷ propriamente detto, che per sua natura ha carattere prevalentemente temporaneo non tendendo questi ad uno stabile inserimento nel Paese di accoglienza¹⁸. Tuttavia, l'espressione generica di *migrante* viene

¹⁵ *Ivi*, p. 556. Se si utilizza l'espressione "immigrato" per qualificare colui che si trasferisce in un Paese diverso da quello di appartenenza con l'intenzione di soggiornarvi per un periodo prolungato, evidentemente in tale definizione non rientreranno, ad esempio, i turisti, gli studenti, i lavoratori a tempo determinato o i tirocinanti. Inoltre, se il termine lascia supporre che si tratti di persone che liberamente scelgono di risiedere in un altro Paese e non già perchè costretti a farlo, esso non includerà i rifugiati, i richiedenti asilo o qualunque altra persona che goda di una qualche forma di protezione internazionale. Cfr. B. NASCIMBENE, C. FAVILLI, voce *Straniero (Tutela internazionale)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. V., cit., p. 5797.

¹⁶ Lo spostamento permanente (*long-term migration*), dunque, implica che il migrante "moves to a country other than that of his or her usual residence for a period of at least a year, so that the country of destination effectively becomes his or her new country of usual residence". Al contrario, nel caso della migrazione temporanea (*short-term migration*) egli "moves to a country other than that of his or her usual residence for a period of at least three months but less than year except in cases where the movement to that country is for purpose of recreation, holiday, visits to friends or relatives, business or medical treatment". *Glossary on Migration*, cit., pp. 39 e 60.

¹⁷ In generale sulla nozione di *straniero*, si veda B. NASCIMBENE, C. FAVILLI, voce *Straniero (Tutela Internazionale)*, cit., p. 5796-5805; B. NASCIMBENE, voce *Straniero nel diritto internazionale*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, 1990, p. 179 ss.; ID., voce *Straniero (condizione giuridica dello)*, in *Il Diritto internazionale*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, 1993, p. 1 ss.; ID., *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, p. 35 ss., in cui si fa riferimento ad una nozione negativa di straniero inteso come non-suddito. Il criterio della nazionalità sembra essere quello maggiormente utilizzato nella determinazione dello *status* di straniero. In tal senso cfr. R. ARNOLD, voce *Alien*, in *EPIL*, vol. I, 1992, p. 102 ss. Nel *Preliminary Report on the expulsion of aliens*, il Relatore Speciale, M. Kamto, definisce lo straniero ("alien") come "an individual who does not hold the nationality of the host country or the country of residence but who is bound by a link of nationality to the State from he or she comes – the State of origin – or who holds no nationality at all and is thus in a situation of statelessness". Fifty-seventh session of International Law Commission, Doc. A/CN.4/554 del 2 giugno 2005, para. 7. Per una ricostruzione filosofica del termine *straniero*, si veda U. CURI, *Sul concetto filosofico di straniero*, in *Dir., immigr. cit.*, 3, 2005, pp. 42-58. Sulla differenza tra "cittadinanza" e "nazionalità" e sulle diverse modalità di acquisizione della nazionalità, v. C. TIBURCIO, *The human rights of alien under international and comparative law*, The Hague, 2001, p. 1 ss.

¹⁸ Cfr. S. QUADRI, *Le migrazioni internazionali. Da una disciplina statale dell'immigrazione al diritto internazionale delle migrazioni*, Napoli, 2006, pp. 116-117; ID., *Primi spunti per uno statuto giuridico dell'immigrato extracomunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 1998, p. 399.

comunemente utilizzata come sinonimo del termine *straniero*, in quanto riferita a qualunque persona presente sul territorio di uno Stato di cui non possiede la cittadinanza o la nazionalità¹⁹.

Salvo quanto si dirà in seguito in merito alla individuazione di una definizione onnicomprensiva di migrante in quanto categoria giuridica autonoma, sembra opportuno rilevare, in via preliminare, le ragioni che ci inducono ad una riflessione circa la necessità di rafforzare i meccanismi di tutela internazionale dei diritti di tali soggetti (in particolar modo dei lavoratori migranti).

1.1 La “vulnerabilità” dei soggetti migranti e la necessità della loro protezione internazionale

Un’analisi che si propone di individuare lo statuto giuridico dei soggetti migranti (*sub specie* i lavoratori) e di verificare il grado di protezione internazionale di cui essi beneficiano non può prescindere dalla constatazione dell’evidente condizione di “vulnerabilità”²⁰ in cui tali soggetti versano sia durante la fase di transito sia, in particolare, durante la loro permanenza nel Paese ospitante²¹.

¹⁹ In tal senso, rileva la *Dichiarazione sui diritti umani degli individui che non sono cittadini del Paese in cui vivono* (adottata dall’Assemblea Generale con risoluzione 40/144 del 13 dicembre 1985, UN Doc. A/40/53 (1985), consultabile su http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/o_nonnat.htm), secondo cui “the term *alien* shall apply (...) to any individual who is not a national of the State in which he or her is present” (art. 1). È stato rilevato, inoltre, che l’art. 1 del Progetto di Dichiarazione prevedeva, invece, il termine “non-cittadino”, inteso come “any individual who lawfully resides in a State of which he is not a national”. ELLES, *International Provisions Protecting the Human Rights of Non-Citizens*. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1 (1980), p. 53. È stato osservato, inoltre, che nonostante il suo carattere non vincolante, la Dichiarazione rappresenta un passo molto significativo verso una disciplina specifica della situazione giuridica degli stranieri, cfr. S. QUADRI, *Le migrazioni internazionali*, cit., p. 87.

²⁰ In argomento, S. GRANT, *Migrants’ Human Rights: From the Margins to the Mainstream*, su www.gcim.org, mar 2005; F. DE VARENNES, *Strangers in Foreign Lands. Diversity, Vulnerability and the Rights of Migrants*, UNESCO, 2002, consultabile su www.unesco.org/most/paper_devarennnes.pdf

²¹ A questo proposito, la Corte inter-americana per i diritti dell’uomo, l’organo giurisdizionale di controllo istituito dalla Convenzione americana sui diritti dell’uomo (v. *infra*, cap. II) ha sostenuto che “migrants are generally in a vulnerable situation as subjects of human rights; they are in an individual situation of absence or difference of power with regard to non-migrants (nationals or residents). This situation of vulnerability has an ideological dimension and occurs in a historical context that is distinct for each State and is maintained by

Il concetto di “vulnerabilità”, e le questioni ad esso strettamente connesse, quali l’integrazione dei migranti nella società ospite (culturale, linguistica e religiosa)²², il rapporto tra la sovranità statale e l’immigrazione irregolare, lo sfruttamento dei migranti, caratterizzano il tema centrale delle attività del Gruppo di lavoro di esperti sui diritti umani dei migranti, nominato dalla Commissione dei diritti umani nel 1997²³. Gli esperti concordano nel ritenere

de jure (inequalities between nationals and aliens in the laws) and de facto (structural inequalities) situations. This leads to the establishment of differences in their access to the public resources administered by the State”. Parere consultivo *Statut juridique des travailleurs migrants sans papiers*, OC-18/2003 del 17 settembre 2003, in Ser. A, n. 18, para. 112. Parimenti, merita di essere menzionata la risoluzione dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite *Protection of migrants* in cui si legge “the situation of vulnerability in which migrants frequently find themselves, owing, inter alia, to their absence from their State of origin and to the difficulties they encounter because of differences of language, custom and culture, as well as the economic and social difficulties and obstacles for the return to their States of origin of migrants who are non-documented or in an irregular situation”. Doc. A/RES/54/166 del 24 febbraio 2000.

²² Sull’integrazione dei migranti nella società ospitante, G. HUGO, *Migrants in society: diversity and cohesion*, su www.gcim.org, sett. 2005.

²³ Il mandato del Gruppo di Lavoro consisteva nel: “a) gather all relevant information from Governments, non-governmental organizations and any other relevant sources on the obstacles existing to the effective and full protection of the human rights of migrants; b) elaborate recommendations to strengthen the promotion, protection and implementation of the human rights of migrants”. Doc. E/CN.4/1997/15, para. 3. La Commissione sui diritti umani ha richiamato la condizione di “vulnerabilità” dei migranti ribadendo la necessità di rafforzare il sistema di protezione internazionale dei diritti umani di tali soggetti nella risoluzione *Human rights of migrants*, E/CN.4/RES/2005/47, para. 5. Ricordiamo che la Commissione sui diritti umani è stata di recente sostituita dal c.d. *Human Rights Council* istituito mediante risoluzione dell’AG delle Nazioni Unite del 3 aprile 2006 (A/RES/60/251). Si tratta di un organo sussidiario dell’AG responsabile “for promoting universal respect for the protection of all human rights and fundamental freedoms for all, without distinction of any kind and in a fair and equal manner” (para. 2); al quale è stato affidato il compito di “address situations of violations of human rights, including gross and systematic violations, and make recommendations thereon”, nonché quello di “... promote the effective coordination and the mainstreaming of human rights within the United Nations system” (para. 3). Esso è composto da 47 membri eletti direttamente ed individualmente a maggioranza dei membri dell’AG con scrutinio segreto secondo una equa ripartizione geografica (Doc. GA/10459 del 9 maggio 2006). Il mandato dura tre anni ed è rinnovabile per una sola volta. Tra le funzioni principali, che richiamano quelle del precedente organismo, giova menzionare la possibilità di fare “recommendations to the General Assembly for the further development of international law in the field of human rights; promote the full implementation of human rights obligations undertaken by States and follow-up to the goals and commitments related to the promotion and protection of human rights emanating from United Nations conferences and summits; undertake a universal periodic review, based on objective and reliable information, of the fulfilment by each State of its human rights obligations and commitments in a manner which ensures universality of coverage and equal treatment with respect to all States (para. 5). Sul Consiglio sui diritti umani, v. O. HOEHNE, *Special Procedures and the New Human Rights Council - a need for strategic positioning*, in *Essex HRR*, Vol. 4 n.1, 2007; P. SCANNELLA, P. SPRINTER, *The United Nations Human Rights Council: a promise to be fulfilled*, in *HRLR*,

che l'elemento essenziale che determina la condizione vulnerabile del migrante è la mancanza di potere ("powerlessness")²⁴. Quest'ultima caratterizzerebbe la relazione del migrante sia con lo Stato ("di invio" o "di destinazione") che con le forze sociali, evidenziando una condizione che non è inerente l'individuo, bensì creata ed imposta all'interno dei confini statali. Tra i fattori che determinano e alimentano forme sempre più frequenti di violazioni dei diritti umani dei migranti compare indubbiamente la loro "vulnerabilità". Risalendo ad una definizione sociologica, secondo la quale per "vulnerabilità" si intende "a social condition of powerlessness ascribed to individuals with certain characteristics that are perceived to deviate from those ascribed to the prevailing definitions of a national", è possibile rinvenire la sua natura strutturale e culturale al tempo stesso²⁵. In sintesi, laddove ciascuna società presenti una struttura di potere fondata sul presupposto che alcuni soggetti dispongano di più potere rispetto ad altri, l'esistenza di una serie di elementi culturali (stereotipi, pregiudizi, razzismo, xenophobia, ignoranza, ecc.) tende, altresì, a "giustificare" la diversità tra cittadini e stranieri/immigrati. Quanto detto sinora, dovrebbe far riflettere in merito al fatto che la vulnerabilità non è una caratteristica degli individui che decidono di emigrare dal proprio Paese di origine; al contrario, è indipendente sia dalla loro origine etnica sia dalle condizioni di sottosviluppo in cui versa lo Stato di appartenenza. In questo senso, le cause della vulnerabilità non debbono esser confuse con le cause proprie del fenomeno migratorio, che, come noto,

2007/1, pp. 41-72; E. BERTOLINI, *La riforma della Commissione sui diritti umani: un'occasione mancata?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, vol. II, 2006, pp. 742-743; L.C. MOSS, *Will the Human Rights Council Have Better Membership than the Commission on Human Rights?*, in *HRB*, Vol. 13/3, 2006; B. SMITH, *The UN Human Rights Council and the Inherent Dignity of the Human Person*, *ivi*; M. H. HALPERIN, D. F. ORENTLICHER, *The new UN Human Rights Council*, *ivi*; M. BOSSUYT, E. DECAUX, *De la Commission au Conseil des droits de l'homme, un nom pour un autre?*, in *Dr. Fond.*, n.5, 2005.

²⁴ Il Gruppo di lavoro di esperti intergovernativi sui diritti umani dei migranti della Commissione sui diritti umani ha rilevato che "...an essential element in the understanding of vulnerability was the factor of powerlessness which, more often than not, characterized the migrant". Doc. E/CN.4/1998/76 del 10 marzo 1998, para. 45.

²⁵ Cfr. J. A. BUSTAMANTE, *Immigrants' Vulnerability as Subjects of Human Rights*, in *IMR*, vol. 36, n. 2, 2002, pp. 333-354. Una versione precedente del *paper* è stata presentata al

discende dall'interazione di diversi fattori (economici, politici e sociali). Occorre, altresì, distinguere, la condizione di quei soggetti i cui diritti umani vengono spesso negati nel Paese di origine, che potremmo definire "vulnerabilità interna" e che dipende dal rapporto cittadino-Stato, da una situazione di mancato rispetto dei propri diritti in un Paese diverso da quello di origine, o anche "vulnerabilità internazionale"²⁶. Una condizione di "emarginazione", quest'ultima, che tende a confinare i migranti alla periferia del sistema di protezione dei diritti²⁷.

La "vulnerabilità" dei migranti congiuntamente alla loro scarsa integrazione sociale dovuta al mancato riconoscimento di potere, alle resistenze culturali che determinano un atteggiamento discriminatorio nei confronti di soggetti definiti *outsiders* nel Paese di destinazione e all'inadeguata o inesistente applicazione di standards internazionali sui diritti umani da parte dei Paesi ospitanti nei confronti di stranieri (regolari o irregolari), impedirebbe, secondo il Gruppo di lavoro, un adeguato accesso ai diritti umani²⁸.

1.1.1 Le cause della scarsa protezione dei diritti dei migranti

Le ragioni che impedirebbero il pieno ed effettivo godimento dei diritti umani dei migranti sono da individuare in una serie di "ostacoli" di natura istituzionale, sociale ed economica²⁹.

1.1.1a Ostacoli di natura istituzionale

Con riferimento al primo gruppo, occorre notare che sebbene numerosi Paesi abbiano incorporato gli standards internazionali sui diritti umani nei

Gruppo di Lavoro di esperti sui diritti umani dei migranti nel 1998, quando l'autore ricopriva la carica di chairman/rapporteur. Doc. E/CN.4/AC.46/1998/5 dell'8 ottobre 1998.

²⁶ *Ivi*, p. 341.

²⁷ G. S. GOODWIN-GILL, *International Law and Human Rights: Trends Concerning International Migrants and Refugees*, in *IMR*, vol. 23(3), 1989, pp. 526-546.

²⁸ È evidente che non appartengono a tale contesto i c.d. *skilled migrants*, ossia coloro che rivestono un particolare ruolo nella società ospitante (magari ricoprendo cariche professionali di rilievo) e che, per tale ragione, godono pienamente dei propri diritti.

²⁹ È quanto rilevato dal Gruppo di lavoro di esperti intergovernativi sui diritti umani dei migranti nel rapporto presentato alla Commissione sui diritti umani, cfr. Doc. E/CN.4/1999/80 del 9 marzo 1999, paras. 79-85. Sui principali ostacoli alla protezione dei diritti, si veda anche B. GHOSH, *Elusive Protection, Uncertain Lands: Migrants' Access to Human Rights*, IOM, 2003, p. 14 ss.

propri ordinamenti giuridici, generalmente la loro applicazione sembra essere limitata ai soli cittadini. L'assenza, la non-applicazione o il mancato riconoscimento delle norme internazionali negli ordinamenti nazionali, spesso dovuti al fatto che i singoli Stati non intendono impegnarsi ratificando un determinato trattato, rappresentano un chiaro impedimento all'effettivo godimento da parte dei migranti dei propri diritti umani. Per quanto riguarda le principali convenzioni sui diritti dei migranti, lo scarso numero di ratifiche dimostra che gli Stati con evidente riluttanza accettano di estendere alcune garanzie anche ai non-cittadini, specie se irregolari.

La "vulnerabilità" dei migranti è stata riconosciuta anche nella Dichiarazione di Vienna sui diritti umani adottata dalla Conferenza mondiale sui diritti umani, laddove si afferma che "great importance must be given to the promotion and protection of the human rights of persons belonging to groups which have been rendered vulnerable, including migrant workers, the elimination of all forms of discrimination against them, and the strengthening and more effective implementation of existing human rights instruments. States have an obligation to create and maintain adequate measures at the national level, in particular in the fields of education, health and social support, for the promotion and protection of the rights of persons in vulnerable sectors of their populations and to ensure the participation of those among them who are interested in finding a solution to their own problems"³⁰.

L'inadeguato riconoscimento dei diritti dei migranti (*in law*) e l'inefficace applicazione delle norme (*in practice*) agiscono come ostacoli esterni all'accesso dei migranti ai diritti, generando al tempo stesso un senso di insicurezza ed inferiorità che impedisce loro, come individui e come gruppi, di combattere per il riconoscimento ed il godimento dei loro diritti³¹.

1.1.1b Ostacoli di natura sociale

³⁰ Doc. A/CONF. 157/24 del 12 luglio 1993, para. 24.

³¹ Cfr. B. GHOSH, *Elusive Protection*, cit., p. 12 e M. KJAERUM, *Human rights for Immigrants and Immigrants for human rights*, in E. GUILD, J. VAN SELM (eds.), *International Migration and Security. Opportunities and Challenges*, London, 2005, p. 51 ss.

Accanto agli ostacoli di natura istituzionale, il Gruppo di lavoro ne individua alcuni strettamente connessi all'ordine sociale.

Il fenomeno della “marginalizzazione” dei migranti, spesso costretti a vivere in aree urbane dove scarse o inadeguate appaiono le condizioni relative al pubblico accesso ai servizi (istruzione, salute, occupazione) e/o a subire trattamenti discriminatori a causa della loro “diversità” (in termini di lingua, religione, etnia), rintraccia le sue radici nel fatto che tale realtà viene percepita come minaccia o pericolo da parte delle popolazioni ospitanti. Le migrazioni - qualunque ne sia la causa - rappresenterebbero, così, una sorta di “invasione” da parte di coloro i quali, stabilitisi definitivamente in uno Stato diverso da quello di appartenenza, possono beneficiare dei vantaggi economici e sociali da queste derivanti³².

Ad esacerbare questa condizione di esclusione sociale, impedendo il godimento e l'esercizio dei loro diritti fondamentali, contribuisce la manifestazione di sentimenti razzisti e xenophobi spesso fondati su stereotipi e pregiudizi³³. I migranti, infatti, sono comunemente e deliberatamente associati a fenomeni quali, il crimine, il traffico di esseri umani, la droga, l'AIDS e altri mali sociali³⁴. Esiste, infatti, la tendenza a “criminalizzare” il migrante la cui condizione di precarietà ed irregolarità implicherebbe, *ipso facto*, la sua natura “criminale”³⁵. Estendere la protezione dei diritti fondamentali dei migranti irregolari appare tanto necessario quanto particolarmente problematico,

³² Cfr. D. BIGO, *Criminalisation of “Migrants”: The side effect of the will control the frontiers and the sovereign illusion*, in B. BOGUSZ, R. CHOLEWINSKI, A. CYGAN, E. SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights*, cit., p. 64.

³³ Doc. E/CN.4/1999/80, cit., paras. 86-89. A riguardo, la Corte inter-americana per i diritti dell'uomo ha affermato nel citato parere del 2003 che “cultural prejudices about migrants also exist that lead to reproduction of the situation of vulnerability; these include ethnic prejudices, xenophobia and racism, which make it difficult for migrants to integrate into society and lead to their human rights being violated with impunity”. OC-18/03, cit., para. 113.

³⁴ Ciò deriverebbe da una concezione negativa dello *straniero* inteso nel senso di “nemico” riconducibile alla polivalenza semantica originaria del termine latino *hostis*, che in sé racchiude diversi significati (forestiero, estraneo, nemico). Solo successivamente dalla sua radice venne coniato il termine *hospes* per indicare l'ospite, ossia lo straniero con cui stabilire non già rapporti di belligeranza bensì di ospitalità. Sul punto, Cfr. U. CURI, *Sul concetto filosofico di straniero*, cit., pp. 42-43.

³⁵ Cfr. P. A. TARAN, *Human rights of migrants: Challenges of the New Decade*, in *IM*, vol. 38 (6), 2000, p. 23.

laddove a tale esigenza si contrappongono gli interessi e le prerogative statali. Ora più che in passato urge un compromesso tra l'incontestabile potere sovrano dello Stato in materia di ammissione o esclusione degli stranieri da un lato, e il bisogno di provvedere ad una tutela effettiva dei diritti dei migranti irregolari dall'altro. A fronte di un orientamento statale tendenzialmente proteso alla salvaguardia di quella inderogabile competenza a regolamentare lo *status* dei non-cittadini, la normativa internazionale a tutela dei diritti umani, come avremo modo di vedere in seguito, consente di ricostruire la condizione del migrante irregolare comprensiva della titolarità di alcuni diritti umani fondamentali.

1.1.1c Ostacoli di natura economica

Atteggiamenti discriminatori risultano evidenti in settori relativi all'occupazione. Molto spesso, infatti, i migranti sono esclusi dal mercato del lavoro, e quand'anche non lo fossero, le loro principali occupazioni risultano di basso rango, si tratta di lavori sottopagati, pericolosi, poco dignitosi (meglio conosciuti come lavori c.d. "three-D", ossia dirty, degrading and dangerous). Questa sorta di segmentazione del mercato del lavoro appare maggiormente esacerbata dalla rapida espansione del settore dell'economia informale, nonché dalla crescente domanda di lavoratori migranti irregolari che, per definizione, costituiscono "an unprotected, docile and easily exploited workforce"³⁶.

L'incremento della richiesta di manodopera straniera "temporanea" ha determinato la *precarizzazione* di molti settori dell'economia, costringendo i lavoratori migranti a dover cambiare frequentemente occupazione, passando da attività autonome o salariate a lavori a contratto senza alcuna prospettiva di stabilità futura. Inoltre, tali soggetti risultano particolarmente vulnerabili a certi abusi durante il processo di reclutamento. I lavoratori migranti c.d. "inesperti", infatti, spesso si rivolgono ad agenzie di collocamento private che competono intensivamente per il loro inserimento nel mercato del lavoro del Paese di destinazione (in altri termini, si tratta di una vera e propria forma di

³⁶ Doc. E/CN.4/1999/80, cit., para. 92.

“commercializzazione” del reclutamento dei lavoratori stranieri). A ciò si aggiunga la scarsa tutela offerta a tali soggetti, che determina situazioni di sfruttamento e discriminazione anche nel periodo successivo all’ottenimento di un impiego; non mancano, infatti, situazioni in cui i lavoratori vengono sottopagati a causa della mancanza di un regolare contratto di lavoro, subiscono restrizioni alla loro libertà di movimento o intimidazioni a sfondo sessuale³⁷. In particolare, ci riferiamo alle donne e ai bambini vittime di prostituzione e pornografia³⁸; ai c.d. “domestic, farm and seasonal workers”, spesso costretti ad accettare condizioni di lavoro poco dignitose (“unduly long working hours, poor remuneration, no access to social security, inadequate food and isolation”) per paura di rivolgersi alle autorità competenti; a coloro i quali trovano occupazione nei settori dell’economia informale, imprese piccole e poco competitive (specie nel settore tessile, nelle costruzioni, nell’agricoltura) che richiedono manodopera non qualificata e a basso costo incrementando, così, la domanda di lavoratori migranti irregolari³⁹. Quest’ultimi, essendo privi di uno *status* legale nel Paese di occupazione che consenta loro di esercitare un effettivo potere contrattuale, difficilmente riescono ad imporsi nei confronti di datori di lavoro che intendono offrire loro salari molto bassi e nessuna garanzia in termini di sicurezza sul lavoro.

³⁷ In particolare, sulla diffusione di forme contemporanee di lavoro forzato, si veda il *Global Report A Global Alliance Against Forced Labour* presentato in occasione della 93^a sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro (giugno 2005). Con riferimento all’impatto delle migrazioni irregolari sul mercato del lavoro globale, *Combating the illegal employment of foreign workers*, OECD, 2000.

³⁸ La Commissione sui diritti umani ha espresso particolare preoccupazione di fronte all’incessante manifestazione di forme contemporanee di schiavitù o pratiche simili, specie nei confronti di gruppi particolarmente vulnerabili quali donne e bambini. A tal proposito l’organo delle Nazioni Unite ha invitato gli Stati “to take appropriate action for the protection of particularly vulnerable groups, such as children and migrant women, against exploitation of the prostitution of others and other slavery-like practices, including the possible establishment of national bodies to achieve this objective”. Cfr. Doc. E/CN.4/RES/1999/46 del 27 aprile 1999, para. 4(b). La Sottocommissione per la promozione e la protezione dei diritti umani, prendendo nota del rapporto del Gruppo di lavoro sulle forme contemporanee di schiavitù presentato durante la 29^a sessione (E/CN.4/Sub.2/2004/36 and Corr.1), e delle informazioni in esso contenute concernenti il lavoro forzato, la tratta di esseri umani, lo sfruttamento dei lavoratori migranti, il lavoro minorile, la violenza sessuale contro i minori, le moderne forme di schiavitù, raccomanda agli Stati di ratificare le principali convenzioni in materia. Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/19 del 12 agosto 2004.

Purtroppo non sono rari i casi in cui i migranti si trovano a dover lavorare in luoghi pericolosi e malsani, in cui gli *standards* minimi previsti in materia di lavoro non esistono, non vengono applicati o semplicemente non rispettati, alla stregua di “schiavi e prigionieri virtuali”⁴⁰.

Si tratta di una serie di ostacoli di natura economica che sfociano in forme di sfruttamento ed abuso tanto fisico quanto mentale, nonché in limitazioni della libertà personale (attraverso minacce e violenze), rischiando così di minare l'essenza stessa dei diritti umani fondamentali e dei diritti sul lavoro dei migranti.

1.1.2 Alcune possibili soluzioni

Il Gruppo di lavoro ha formulato una serie di raccomandazioni tese ad eliminare i suddetti ostacoli; in particolare, con riferimento agli impedimenti di natura istituzionale, esso suggerisce la necessità “urgente” di ratificare i principali strumenti internazionali sui diritti umani; di predisporre un “compendium of prevision” applicabile specificatamente ai migranti data la natura dispersiva e frammentaria delle norme internazionali sui diritti umani; di adottare, qualora tali norme siano state già incorporate nei vari ordinamenti interni, misure più incisive in grado di estendere i diritti fondamentali ai migranti; di includere il diritto di riunificazione familiare nelle legislazioni nazionali come diritto fondamentale dei migranti; di riesaminare le condizioni e le modalità di acquisizione della nazionalità del Paese ospitante in modo da favorire l'integrazione sociale del migrante; di rivedere gli accordi regionali e bilaterali con riferimento alla riammissione dei migranti irregolari; di collaborare con i rappresentanti consolari al fine di denunciare le eventuali violazioni dei diritti dei migranti assicurando loro il diritto di assistenza

³⁹ Doc. E/CN.4/1999/80, cit., paras. 93-97.

⁴⁰ Cfr. H. S. MATTILA, *Protection of migrants' human rights: Principles and Practice*, in *IM*, vol. 38 (6), 2000, p. 54.

previsto dalla Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 1963⁴¹ (art. 36)⁴².

Al fine di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale, il Gruppo ritiene necessario che gli Stati riconoscano il diritto dei migranti alla libera associazione. In tal modo, essi sarebbero in grado di salvaguardare i propri diritti mantenendo un costante dialogo con le istituzioni e i leaders politici, superando, almeno in parte, la propria “vulnerabilità”. Non bisogna trascurare il fatto che il rischio di un eventuale “empowerment” dei migranti derivante dal riconoscimento e dall’esercizio dei loro diritti fondamentali⁴³, possa far riemergere la paura latente da parte di ciascuno Stato sovrano di veder minacciata la propria autorità territoriale.

Ciascun Paese di destinazione dovrebbe, altresì, essere in grado di promuovere e diffondere maggiori informazioni sui diritti dei migranti e sugli strumenti internazionali che ne garantiscono l’esercizio, specie tra i *policy-makers* e il c.d. “law enforcement staff” con riferimento all’esistenza, l’attuazione e il rafforzamento di tali standards internazionali⁴⁴.

Infine, per quanto riguarda gli ostacoli di natura economica, il Gruppo incoraggia gli Stati ad estendere gli standards sui diritti umani all’economia informale, predisponendo un piano di assistenza per le imprese occupate in tale settore; richiede “a more realistic assessment of their labour market needs” al fine di far fronte alla crescente domanda di forza lavoro straniera specie irregolare. Gli Stati dovrebbero, inoltre, orientare la propria politica nazionale verso l’adozione di misure repressive contro quanti incoraggino, specie a danno dei migranti irregolari, il lavoro forzato o la schiavitù, rispettando così

⁴¹ La Convenzione, entrata in vigore il 19 marzo 1967, è pubblicata in *UNTS*, vol. 596, p. 261.

⁴² Doc. E/CN.4/1999/80, cit., paras. 102-107.

⁴³ Cfr. IOM, *Principles of protection of migrants’ human rights*, Paper presentato al “Consular Protection and Assistance Seminar: Exchange of Experiences”, Guatemala 29-30 luglio 1999.

⁴⁴ Doc. E/CN.4/1999/80, cit., paras. 108-114.

gli standards internazionali e favorendo la cooperazione tra Stati di invio, di transito e di destinazione⁴⁵.

1.2 La nozione di *migrante*

La pluralità di cause che determinano lo spostamento transfrontaliero di individui o gruppi unitamente alla molteplicità dei soggetti migranti coinvolti (rifugiati, richiedenti asilo, profughi, apolidi, lavoratori migranti, ecc.), rendono opportuno individuare l'esistenza di una definizione di "migrante" quale categoria giuridica autonoma.

La vaghezza del termine⁴⁶ ha indotto a ritenere impropriamente, nell'uso comune, che tale categoria comprendesse almeno tre gruppi di individui: i c.d. *residenti permanenti*, ossia rifugiati, richiedenti-asilo che hanno ottenuto tale *status* mediante l'apposita procedura, migranti autorizzati a risiedere in modo permanente nel territorio dello Stato ospitante (perché svolgono una regolare attività di lavoro ovvero posseggono un regolare permesso di soggiorno) o che hanno acquisito la cittadinanza di tale Stato (secondo quanto previsto dalle norme nazionali in materia), nonché individui che hanno ottenuto il ricongiungimento familiare; i *rifugiati* che, pur soddisfacendo le condizioni previste dall'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951, non sono stati ancora riconosciuti come tali; infine, i c.d. *residenti temporanei*, ossia coloro i quali intendono trattenersi nel Paese ospitante per un periodo limitato (turisti, studenti, o lavoratori temporanei).

Negli anni, tuttavia, si è tentato di colmare tale lacuna, o almeno di precisare i contorni di una simile definizione, attraverso alcune soluzioni proposte da taluni organismi internazionali.

In particolare, il già citato Gruppo di lavoro di esperti sui diritti umani dei migranti ha utilizzato, nell'ambito dei suoi lavori, la definizione di *migrante* contenuta nell'atto istitutivo della citata OIM⁴⁷. Stando a quanto riportato

⁴⁵ *Ivi*, paras. 115-122.

⁴⁶ Il termine *migrante* nel linguaggio statistico comprende tutti coloro che sono nati in un luogo diverso da quello di residenza. Cfr., *Les défi des migrations internationals* (Éditorial du Centre Tricontinental), in *Alternatives Sud*, vol. 11-2004/1, p. 8.

⁴⁷ Doc. E/CN.4/1998/76, para. 44. Per quanto riguarda l'OIM, v. *supra* nota 1.

nello Statuto di tale Organizzazione il termine *migrante*, sebbene prevalentemente utilizzato con riferimento a quella particolare categoria rappresentata dai lavoratori migranti, “should be understood as covering all cases where the decision to migrate is taken freely by the individual concerned, for reasons of “personal convenience” and without intervention of an external compelling factor”⁴⁸. E’ evidente, tuttavia, che una simile definizione, evidenziando la natura “volontaria” della scelta di spostamento, non includa coloro i quali siano stati costretti ad abbandonare il proprio Paese di origine (*refugees, displaced persons, uprooted people*)⁴⁹. Al contrario, come abbiamo notato in precedenza, il fenomeno migratorio, rappresentando il processo di spostamento di singoli individui o gruppi da un Paese all’altro, non esclude di per sé la presenza di un elemento di coercizione (minaccia, pericolo di morte, persecuzione).

La natura particolarmente complessa del fenomeno migratorio unitamente alla situazione politica, sociale ed economica di molti Stati (che rende assai difficile distinguere i migranti che lasciano il proprio Paese a causa di persecuzioni o conflitti, da coloro che sono alla ricerca di condizioni socio-

⁴⁸ Art. 1.1 lett. a, Charte constitutive de l’Organisation internationale des migrations, 19 octobre 1953 consultabile su www.iom.int. Sulle attività promosse dall’Organizzazione al fine “to work toward effective respect for migrants’ rights and to ensure the dignity and well-being of migrants”, si veda *Recent IOM Activities in Effective respect for migrant’ rights*, 1997, ed in particolare sulle tre principali aree di intervento (Assisted Voluntary Returns, Trafficking in human beings, Migration and Health), J. REDPATH, *The International Organization for Migration (IOM) and the human rights of migrants in an irregular situation*, in B. BOGUSZ, R. CHOLEWINSKI, A. CYGAN, E. SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights*, cit., pp. 291-299. Secondo alcuni autori, l’intento dei costituenti OIM sarebbe stato quello di voler includere nella categoria di *migrante* sia i “regolari” che gli “irregolari”, auspicando che una tutela sempre più estesa (in termini di riconoscimento dei diritti umani) potesse essere garantita anche ai soggetti maggiormente vulnerabili, cfr. R. PERRUCHOUD, *Person falling under the Mandate of the International Organization for Migration (IOM) and to whom the Organization may provide migration services*, in *IJRL*, 4, 1992, p. 209; ID., *IOM and Effective respect for migrant’ rights. Legal services*, in *Effective respect for migrant’ rights*, IOM, 1997.

⁴⁹ La Costituzione OIM, tuttavia, riconosce tra i compiti dell’Organizzazione anche quello di assistere “other individuals in need of migration services” (art. 1.1 lett. b), ossia *unsuccessful asylum seekers, expellees* e *deportees*. Categorie, queste, appartenenti alla c.d. “grey area” del fenomeno migratorio, non ben identificate dagli strumenti normativi internazionali pertinenti, contrariamente ai lavoratori migranti, ai rifugiati e ai profughi, e dunque spesso prive di effettiva protezione contro i gravi e ripetuti casi di violazione dei diritti fondamentali

economiche più favorevoli), e all'assenza di un'univoca definizione nella normativa internazionale di riferimento, hanno indotto il Relatore speciale sui diritti umani dei migranti, nominato dalla Commissione sui diritti umani⁵⁰, a ritenere che “a working definition needs to be found that will make it possible, in particular, to recognize and draw attention to situations in which the human rights of individuals can be protected by means of a legal, social and political framework”⁵¹.

Il Relatore speciale ha proposto, dunque, una definizione di *migrante* che includesse “persons who are outside the territory of the State of which they are nationals or citizens, are not subject to its legal protection and are in the territory of another State; persons who do not enjoy the general legal recognition of rights which is inherent in the granting by the host State of the status of refugee, permanent resident or naturalized person or of similar status; and persons who do not enjoy either general legal protection of their

⁵⁰ La decisione si basava su una precedente raccomandazione del Gruppo di lavoro di esperti intergovernativi sui diritti umani dei migranti istituito dalla Commissione nel 1997 (Doc. E/CN.4/1997/15, del 3 aprile 1997) che invitava a predisporre uno specifico meccanismo di controllo internazionale a tutela di questi soggetti (Doc. E/CN.4/1999/80, del 9 marzo 1999, paras. 123-124). La Commissione, nel 1999, ha deciso di nominare, per un periodo di tre anni (in seguito prorogato per altri tre anni con ris. 2002/62, del 25 aprile 2002), Relatore speciale Gabriela Rodríguez Pizarro. Sulla base del mandato ricevuto, l'organo della Commissione, avrebbe dovuto, attraverso una serie di attività (“... to request and receive information from all relevant sources, including migrants themselves, on violations of the human rights of migrants and their families; to formulate appropriate recommendations to prevent and remedy violations of the human rights of migrants, wherever they may occur; to promote the effective application of relevant international norms and standards on the issue; to recommend actions and measures applicable at the national, regional and international levels to eliminate violations of the human rights of migrants”) esaminare “ways and means to overcome the obstacles existing to the full and effective protection of the human rights of this vulnerable group, including obstacles and difficulties for the return of migrants who are non-documented or in an irregular situation”. Doc. E/CN.4/RES/1999/44, 27 aprile 1999, par. 3. Nel 2005, la Commissione sui diritti umani ha deciso di prorogare il mandato del Relatore speciale per i diritti umani dei migranti (nel luglio dello stesso anno viene nominato Jorge Bustamante) per altri tre anni (E/CN.4/RES/2005/47 del 19 aprile 2005). Il nuovo mandato in nulla differisce dal precedente poiché le modalità attraverso le quale il Relatore dovrà monitorare la condotta degli Stati in materia di tutela dei diritti umani dei migranti saranno le medesime, ossia inviare comunicazioni ai governi, effettuare visite *on the field* e condurre studi tematici. In generale sull'attività svolta dal Relatore speciale, sia consentito rinviare a F. MORRONE, *Le attività del Relatore Speciale ONU per i diritti umani dei migranti*, in *CI*, 4/2005, pp. 755-763.

⁵¹ Doc. E/CN.4/2000/82, 6 gennaio 2000, para. 25 ss.

fundamental rights by virtue of diplomatic agreements, visas or other agreements”⁵².

A ben vedere, tale definizione evidenzia in particolare un aspetto essenziale della condizione di migrante, ossia la necessità di provvedere alla protezione dei suoi diritti fondamentali. In particolare, il Relatore speciale ha voluto chiaramente escludere tutte quelle categorie di “stranieri in viaggio” che godono di una qualche forma di riconoscimento e di garanzia dei propri diritti umani in virtù di specifiche convenzioni internazionali o accordi diplomatici (ad esempio, i rifugiati)⁵³, nonché di un particolare *status* giuridico riconosciuto all’interno dell’ordinamento nazionale (“...permanent resident or naturalized person or of similar status”).

Pur apprezzando il tentativo effettuato dall’organo di controllo delle Nazioni Unite⁵⁴, ci sembra che la difficoltà di pervenire ad una definizione

⁵² *Ivi*, para. 36.

⁵³ La distinzione tra rifugiati e migranti si fonda sull’idea che i primi, non godendo di alcuna protezione all’interno del proprio Paese di origine e dunque costretti ad abbandonarlo, necessitano di un regime speciale di tutela internazionale. Al contrario, i migranti decidono, per le più svariate ragioni, di spostarsi liberamente in un altro Paese e di risiedervi.

⁵⁴ Come è noto, l’Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) è un’organizzazione internazionale fondata dopo la seconda guerra mondiale dagli Stati che avevano combattuto contro le Potenze dell’Asse, e prese il posto della Società delle Nazioni. La Carta delle Nazioni Unite costituisce l’atto istitutivo dell’Organizzazione adottato nell’ambito della Conferenza di San Francisco del 1945 ed entrato in vigore il 24 ottobre dello stesso anno (pubblicata in *Trattati e Convenzioni*, vol. LIX, p. 311). I principali organi delle NU sono: l’Assemblea generale, il Consiglio di Sicurezza, il Consiglio economico e sociale, il Consiglio d’amministrazione fiduciaria, la Corte internazionale di giustizia e il Segretario generale (art. 7). Tra i fini dell’Organizzazione, ricordiamo: il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale; lo sviluppo delle relazioni amichevoli tra le nazioni fondate sul rispetto del principio d’eguaglianza dei diritti e dell’auto-decisione dei popoli; e la cooperazione internazionale nel promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (art. 1). Per approfondimenti sui fini e i principi dell’ONU nonché sulle competenze dei principali organi, v. tra gli altri: B. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, sesta ed., Padova, 2000; S. MARCHISIO, *L’ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, 2000; L. PICCHIO-FORLATI, *Le Nazioni Unite*, Torino, 1998; B. CONFORTI, *Organizzazione Nazioni Unite*, in *Enc. giur.*, vol. XXXI, 1981, pp. 265-303. In generale sulle organizzazioni internazionali, v. U. DRAETTA, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *Il diritto delle organizzazioni internazionali. Parte speciale*, Milano, 2005; C. ZANGHÌ, *Diritto delle Organizzazioni Internazionali*, Torino, 2001; T. BALLARINO, *Organizzazione internazionale: aspetti giuridici*, Milano 1998; U. DRAETTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, 1997; M. PANEBIANCO, *Organizzazioni internazionali*, in *Enc. giur.*, vol. XXII, 1990, pp. 1-40; G. GAJA, *L’organizzazione internazionale*, G. AMATO, A. BARBERA (a cura di) *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1986; R. MONACO, *Organizzazione internazionale*, in *NDI*, Appendice V, 1984, p. 589; P.

onnicomprensiva del termine *migrante* sia da ricondurre *in primis* alla complessità del fenomeno migratorio (dovuta alla pluralità dei soggetti migranti coinvolti e alla molteplicità di cause connesse allo spostamento), ed in secondo luogo, all'esistenza di un insieme di norme internazionali piuttosto frammentario che regola il fenomeno in questione nelle sue molteplici dimensioni. Se il carattere eterogeneo della disciplina internazionale in materia di migrazione impedisce la ricostruzione di una definizione onnicomprensiva di migrante, in relazione all'identificazione della categoria dei lavoratori migranti la normativa internazionale pertinente rappresenta un valido ausilio. È, infatti, nell'ambito di taluni ordinamenti giuridici sopranazionali (ONU, OIL, Consiglio d'Europa, UE, Organizzazione mondiale del commercio) che tale categoria di soggetti viene chiaramente definita come destinataria di forme di tutela internazionale più o meno avanzate.

1.3 La categoria del lavoratore migrante nel diritto delle Nazioni Unite e dell'Organizzazione internazionale del lavoro

Come anticipato, l'individuazione della categoria dei *lavoratori migranti* non comporta sostanziali difficoltà di carattere concettuale e definitorio.

In generale, con l'espressione "lavoratore migrante" si intende quel soggetto che é economicamente attivo in un Paese di cui non possiede la cittadinanza⁵⁵, ossia colui che volontariamente sceglie di stabilirsi in un Paese

ZICCARDI, *Organizzazione internazionale*, in *Enc. dir.*, XXXI, 1981, p.158 ss.; B. CONFORTI, *Organizzazione internazionale*, in *Enc. Novec.*, IV, 1979, p. 950 ss.

⁵⁵ Come rilevato nell'ambito del Tripartite Meeting of Experts on Future ILO Activities in the Field of Migration, MEIM/1997, *Protecting the most vulnerable of today's workers*, Geneva 1997, cap. 2. Tuttavia, occorre segnalare che nel passato l'identificazione di tale categoria ha incontrato non poche difficoltà; si noti, ad esempio, che nel corso della *Conferenza internazionale dell'emigrazione* tenutasi a Roma nel marzo 1924 venne proposta una distinzione tra l'"immigrante", ossia lo straniero che arriva in un Paese per cercare un lavoro e con l'intenzione espressa o presunta di stabilirvisi in maniera permanente, ed il "semplice lavoratore", ossia lo straniero che arriva in un Paese allo scopo di svolgere un lavoro temporaneamente. Qualche anno più tardi, VARLEZ formulava una definizione piuttosto puntuale di "emigrante" (o "immigrante") senza tuttavia far riferimento esplicito all'intenzione di cercare un lavoro all'estero. Egli riteneva, infatti, che tale termine dovesse essere riferito a "toute persone qui quitte son pays pour s'établir à l'étranger, soit d'une manière permanente, soit d'une manière durable, en vue de satisfaire à des besoins jugés essentiels. Doivent être assimilés à l'émigrant les membres de sa famille qui l'accompagnent ou vont le rejoindre à l'étranger". L. VARLEZ, *Les migrations internationales et leur*

diverso da quello di appartenenza con l'intento di svolgere un'attività lavorativa⁵⁶. Una simile definizione permette di escludere, da un lato quei soggetti che abbandonano il loro Paese perché "costretti" a farlo (richiedenti-asilo e rifugiati), e dall'altro i c.d. viaggiatori ordinari (es. turisti) che non intendono stabilirsi o risiedere in uno Stato estero.

In ambito internazionale, non mancano definizioni più o meno esaustive fornite da strumenti normativi specificatamente rivolti alla categoria dei lavoratori migranti.

In primo luogo, occorre citare due convenzioni, che saranno oggetto di approfondimento nel corso del presente lavoro, adottate in seno all'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL)⁵⁷ rispettivamente nel 1949

réglementation, Recueil des cours, Volume 20 (1927-V), pp. 165-348. V. pure R. CHIROUX, *Les travailleurs étrangers et le développement des relations internationales*, in *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Colloque de Clermont-Ferrand, Paris, 1978, pp. 20-21.

⁵⁶ La natura per così dire "volontaristica" delle migrazioni economiche, tuttavia, risulta apparente in quanto viene temperata dal fatto che la decisione libera di abbandonare il Paese di origine alla ricerca di migliori condizioni di vita, in realtà risponde ad una reale e concreta necessità, ossia cercare all'estero quelle opportunità lavorative che presumibilmente lo Stato di appartenenza non offre. Secondo alcuni autori, sarebbe opportuno distinguere la c.d. *survival migration*, ossia la necessità di fuggire da condizioni economiche particolari, quali la povertà o la disoccupazione, dalla c.d. *opportunity-seeking migration* determinata dalla ricerca di migliori opportunità. Cfr., B. GHOSH, *Huddled masses and uncertain shores. Insights into irregular migration*, The Hague, 1998, p. 35.

⁵⁷ Come è noto, l'OIL è un Istituto specializzato delle Nazioni Unite, che opera sulla base di un "accordo di collegamento" stipulato nel maggio 1946 tra le due organizzazioni ai sensi dell'art. 57 della Carta delle Nazioni Unite. L'accordo di collegamento ha la sua base giuridica nell'art. 12.1 della Costituzione OIL, dove si legge che "l'Organisation internationale du travail collaborera, dans le cadre de la présente Constitution, avec toute organisation internationale générale chargée de coordonner les activités d'organisations de droit international public ayant des tâches spécialisées...". Pur trattandosi di un istituzione autonoma rispetto all'ONU, si può dire che, entro certi limiti, ne subisce comunque il controllo e il coordinamento. L'OIL fu istituita con i Trattati di Pace che conclusero la prima guerra mondiale (1919), e le sue funzioni più importanti consistono nell'emanazione di raccomandazioni con le quali si propone di orientare l'azione e la politica degli Stati, e nella predisposizione di progetti di convenzioni in materia di lavoro. Riguardo alla sua composizione, l'OIL presenta una struttura distinta da quella delle altre organizzazioni internazionali, o per meglio dire *sui generis*, in quanto ispirata al principio del "tripartitismo". I suoi organi collegiali sono costituiti non solo dai rappresentanti dei governi ma anche dai rappresentanti dei datori di lavoro e dai lavoratori di ciascuno Stato membro. Gli organi principali dell'OIL sono la Conferenza Internazionale del Lavoro che costituisce l'organo assembleare; il Consiglio d'Amministrazione che presenta una composizione più ridotta, anch'essa basata sul tripartitismo; e l'Ufficio Internazionale del Lavoro, composto da funzionari facenti capo ad un Direttore Generale, con funzioni di Segretariato. In generale sull'OIL, v. G. RAIMONDI, voce *ILO (International Labour Organization)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. IV, cit., pp.

(n. 97)⁵⁸ e nel 1975 (n. 143)⁵⁹. Entrambe, definiscono rispettivamente il *lavoratore migrante*⁶⁰ come “a person who migrates from one country to

2871-2878; S. CHARNOVITZ, *The International Labour Organization in its second century*, in Max Planck Yearbook of United Nations Law, 2000, p. 147 ss.; N. VALTICOS, *The International Labour Organisation (ILO)*, in K. VASAK, *The International Dimensions of Human Rights*, vol. 1, UNESCO, 1982, p. 363 ss.; G. GAJA, voce *Organizzazione Internazionale del Lavoro*, in *Enc. dir.*, XXXI, 1981, p. 336 ss.; M. DECLEVA, *Organizzazione Internazionale del Lavoro*, in *NDI*, 1976, vol. XII, pp. 202-209. Sull'attività normativa e di controllo dell'OIL cfr. C. DI TURI, *Globalizzazione dell'economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro: il ruolo dell'OIL e dell'OMC*, Milano, 2007, p. 110 ss.; R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*, Oxford, 1997, pp. 83-90; L. SWEPSTON, *Supervision of ILO standards*, in *Int'l J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.*, 1997, p. 327 ss.; K. DRZEWICKI, C. KRAUSE, A. ROSAS, *Social Rights as Human Rights*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 1994; N. VALTICOS, *Once More About the ILO System of Supervision: In What Respect is it Still a Model?*, in Studi in onore di H. Schermes, *Towards More Effective Supervision by International Organizations*, vol. I, 1994; R. ADAM, *Attività normativa e di controllo dell'OIL ed evoluzione della comunità internazionale*, Roma, 1993; G. KOJANEC, *Convenzioni e Raccomandazioni della Organizzazione Internazionale del Lavoro (1919-1968)*, Padova, 1969, p. XLIV ss.; E. A. LANDY, *The Effectiveness of International Supervision. Thirty years of I.L.O. experience*, 1966. Per una comparazione tra il sistema di protezione dei diritti umani delle Nazioni Unite e quello dell'OIL, v. L. SWEPSTON, *International Labour Organization (ILO) standards and human rights*, in Y. DANIELI, E. STAMATOPOULOU & C. DIAS (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights: Fifty Years and Beyond*, New York, 1999 p. 150; V. A. LEARY, *Lessons from Experience of the International Labour Organisation*, in P. ALSTON, *The United Nations and Human Rights. A critical appraisal*, Oxford, 1992, p. 580 ss.; F. WOLF, *Human rights and the International Labour Organization*, in T. MERON, *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Oxford, 1984, p. 73.

⁵⁸ ILO, *Migration for Employment Convention (Revised) (No. 97)*, 1° luglio 1949, in 120 UNTS, p. 71; cui ha fatto seguito la *Recommendation (Revised) (No. 86)*, 1° luglio 1949, disponibile sul sito ufficiale www.ilo.org.

⁵⁹ ILO, *Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention (No. 143)*, 24 giugno 1975, in 1120 UNTS, p. 323; cui ha fatto seguito la *Migrant Workers Recommendation (No. 151)*, 24 giugno 1975, disponibile sul sito ufficiale www.ilo.org.

⁶⁰ È pur vero che l'attenzione che l'Organizzazione rivolge da sempre alla categoria dei lavoratori migranti trova fondamento nel preambolo dell'atto costitutivo della stessa, nella parte in cui riconosce “the protection of the interests of workers when employed in countries other than their own”, su <http://www.ilo.org/public/english/about/iloconst.htm>, e nella Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali sul lavoro (adottata dalla Conferenza internazionale del lavoro il 18 giugno 1998), dove si legge “...ILO should give special attention to the problems of persons with special social needs, particularly the ... migrant workers...” (preamble). ILO *Official Bulletin* vol. LXXXI 1998 Series A n. 2. La Dichiarazione OIL (su cui v. *infra*, cap. III) costituisce un documento giuridicamente vincolante per gli Stati membri dell'Organizzazione in cui vengono trasfusi alcuni principi fondamentali in materia di lavoro. Si rinvia, in dottrina, a I. DUPLESSIS, *La Déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail. Une nouvelle forme de régulation efficace?* in *RI*, 2004, p. 52 ss.; F. MAUPAIN, *The Liberalization of International Trade and the Universal Recognition of Workers' Fundamental Rights: the New ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up*, in L. A. SICILIANOS, M. GAVOUNELI (eds.), *Scientific and Technological Development and human rights*, Dordrecht, 2001, p. 35; ID., *International Labour Organization Recommendations and Similar*

another with a view to being employed otherwise than on his own account and includes any person regularly admitted as a migrant for employment” (art. 11.1)⁶¹.

A ben vedere, le definizioni contenute nelle suddette convenzioni non presentano differenze di rilievo, se non da un punto di vista terminologico, in quanto utilizzano rispettivamente l’espressione *migrant for employment* e *migrant worker*. Quanto al contenuto, occorre notare che tali definizioni presentano due aspetti rilevanti, l’uno volto ad evidenziare preliminarmente la ragione per la quale il soggetto *migrante* decide di lasciare il proprio Paese d’origine, ossia la volontà di trovare un’occupazione in un altro Stato⁶², l’altro la condizione di *regolarità* della persona ammessa in qualità di lavoratore migrante nel territorio dello Stato di destinazione (senza tuttavia specificazione alcuna circa la natura permanente o temporanea del soggiorno)⁶³. Con riferimento a quest’ultimo aspetto, le due convenzioni sembrano escludere chiaramente i lavoratori migranti presenti illegalmente sul territorio dello Stato di occupazione. Tuttavia, occorre precisare che il tipo di relazione esistente tra il lavoratore migrante e lo Stato di destinazione incide sul grado di tutela offerta dai suddetti strumenti normativi. Se la Convenzione n. 97, infatti, riconosce e garantisce una serie di diritti ai soli lavoratori

Instruments, in D. SHELTON, *Commitment and Compliance: the role of non-binding norms in International Legal System*, Oxford, 2000, p. 269 ss.; C. DI TURI, *La "Dichiarazione sui Principi e Diritti Fondamentali sul Lavoro" dell'Organizzazione internazionale del lavoro*, in DCSI, 2000, p. 167 ss.; D. CARLÁ, *La Dichiarazione dell'OIL sui principi e diritti fondamentali sul lavoro*, in CI, 1998, p. 343 ss.; H. KELLERSON, *La Déclaration de 1998 sur les principes et droits fondamentaux. Un défi pour l'avenir*, in RIT, 1998, p. 243 ss.

⁶¹ Tale definizione viene riproposta in maniera pressoché identica nel paragrafo 1 della Raccomandazione n. 86.

⁶² Accanto al carattere per così dire “volontario” dello spostamento, occorre evidenziare l’aspetto temporale dello stesso, ossia l’intenzione di stabilirsi per un periodo di tempo indeterminato nello Stato di occupazione. Il termine “foreign migrant worker”, infatti, è spesso riferito alle persone “...who wish to settle in another country for a considerable period of time with a view to being employed otherwise than on their own account”. Così M. TARDU, “*Migrant Workers*”, in *EPIL*, vol. III, 1997, p. 364.

⁶³ L’espressione “person regularly admitted” assume un significato preciso se posta in relazione al contenuto dell’art. 2.1 (n. 143/1975) secondo cui situazioni contrarie agli “strumenti o accordi internazionali, multilaterali o bilaterali, relativi, ovvero (alla) legislazione nazionale dello stato interessato” in cui possono trovarsi i lavoratori migranti “nel corso del

migranti ammessi regolarmente, la n. 143 contiene un chiaro riferimento a “tutti i lavoratori migranti”, dunque anche gli “irregolari” (art. 1), laddove richiede agli Stati contraenti di rispettarne i diritti fondamentali⁶⁴.

Occorre, inoltre, precisare che tale definizione si riferisce alle sole migrazioni internazionali, i cui protagonisti sono i migranti che attraversano i confini di uno Stato per motivi di lavoro; al contrario, essa non include i lavoratori che si spostano all'interno di uno Stato alla ricerca di un'occupazione. A ben vedere, tali strumenti intendono limitare il loro scopo alla tutela dei soli migranti “economici” come categoria distinta dalle altre. Ciò nonostante, tale protezione potrà essere estesa anche ai rifugiati o alle c.d. *displaced persons* qualora si tratti di lavoratori occupati fuori dal Paese di origine⁶⁵.

Sempre sul piano multilaterale, la *Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia* (di seguito “Convenzione internazionale sui lavoratori migranti”)⁶⁶ rappresenta

viaggio, all'arrivo o durante il soggiorno e l'occupazione” potrebbero configurarsi come “abusive”.

⁶⁴ D. BONINI, B. NASCIMBENE, *Norme internazionali in materia di immigrazione: la Convenzione n. 143 dell'OIL e i migranti illegali*, in *Ass. soc.*, vol. 3 1992, p. 323.

⁶⁵ *ILO Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, General Survey Migrant Workers* (1999), 87° session of International Labour Conference, cap. II, sez. II, para. 101. La Commissione di esperti per l'applicazione delle convenzioni e delle raccomandazioni, organo sussidiario del Consiglio d'Amministrazione dell'OIL, è stata istituita da questo ultimo nel 1926. Essa si riunisce ogni anno ed è incaricata di svolgere un primo esame tecnico dei rapporti statali e, a partire da questo, di redigere un rapporto destinato a segnalare alla Conferenza la conformità o meno delle singole legislazioni e pratiche nazionali agli obblighi costituzionali e convenzionali corrispondenti. La Commissione annualmente redige un rapporto, definito *General Survey*, concernente l'effettiva attuazione degli standards in materia di lavoro sia da parte degli Stati che hanno ratificato gli strumenti di riferimento sia da parte di quegli Stati che non hanno proceduto in tal senso.

⁶⁶ La Convenzione è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con ris. n. A/RES/45/158, del 18 dicembre 1990 ed è entrata in vigore il 1° luglio 2003 (in *ILM*, 1991, p. 1517 ss). Sullo *status* della Convenzione: v. Doc. A/56/179 del 12 giugno 2001; A/57/291 del 9 agosto del 2002; E/CN.4/2003/80 del 26 dicembre 2002; e E/CN.4/2004/73 del 15 gennaio 2004. Per conoscere lo stato delle ratifiche si consulti il sito dell'Ufficio dell'alto Commissario delle NU per i diritti umani www.ohchr.org. Al 1° ottobre 2007 si contano 37 ratifiche. L'idea di elaborare una convenzione sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie nasce nel 1978 quando l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, preso atto dei rilevanti strumenti adottati dall'OIL (in particolare, la convenzione n. 143) rileva una scarsa attuazione delle norme pertinenti (ris. n. 33/163, para. 7). Un anno più tardi, l'organo delle Nazioni Unite decideva di creare un Gruppo di Lavoro

lo strumento normativo più innovativo in materia di tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori migranti. Essa, infatti, prevede una definizione di lavoratore migrante (“persona che eserciterà, esercita o ha esercitato una attività remunerata in uno Stato di cui non è cittadina”, art. 2.1⁶⁷) che non solo appare più puntuale rispetto alle precedenti per ciò che attiene l’aspetto della migrazione economica, quanto tende ad includere tanto i migranti regolari quanto gli irregolari⁶⁸. L’espressione “to be engaged” si riferisce ai potenziali lavoratori migranti che posseggono un contratto di lavoro, anche se non hanno

aperto a tutti gli Stati membri per elaborare la suddetta convenzione (ris. 34/172 del 17 dicembre 1979, para. 3). L’8 dicembre del 1990, richiamando le precedenti risoluzioni (Doc. A/RES/35/198 del 15 dicembre 1980, A/RES/36/160 del 16 dicembre 1981, A/RES/37/170 del 17 dicembre 1982, A/RES/38/86 del 16 dicembre 1983, A/RES/39/102 del 14 dicembre 1984, A/RES/40/130 del 13 dicembre 1985, A/RES/41/151 del 4 dicembre 1986, A/RES/42/140 del 7 dicembre 1987, A/RES/43/146 dell’8 dicembre 1988 e A/RES/44/155 del 15 dicembre 1989) ed esaminando il rapporto presentato dal Gruppo di Lavoro, l’AG adottava la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (Doc. A/RES/45/158). In generale sull’argomento, Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti dell’uomo, *La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et son Comité*, Genève, 2006, pp. 1- 21; C. EDELENBOS, *The International Convention on the Protection of Rights of all Migrant Workers and members of their family*, in *RSQ*, vol. 24(4), 2005, pp. 93-98; R. PERRUCHOUD (éd.), *Migrations et protection des droits de l’homme*, cit., p. 74 ss.; G. BATTISTELLA, *Origini, sviluppo e prospettive della Convenzione internazionale sui diritti dei migranti*, in *SE*, n. 153 (XLI), 2004; ID., *La Convenzione: una storia di 30 anni*, in Atti del seminario di approfondimento giuridico sulla “Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie”, organizzato nell’ambito del Master in “Tutela internazionale dei diritti umani” dell’Università di Roma “La Sapienza” in collaborazione del Comitato italiano per i diritti dei migranti, 6 maggio, 2003, pp. 6-15; VED P. NANDA, *The protection of the rights of migrant Workers: Unfinished business*, in *Asian Pac. M. J.*, vol. 2(2), 1993, pp. 161-178; L. RAO PENNA, *Some salient human rights in the UN Convention on Migrant Workers*, in *idem*, pp. 179-189; J. LÖNNROTH, *The International Convention on the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families in the Context of International Migration Policies: An Analysis of Ten Years of Negotiation*, in *IMR*, n. 4, 1991, pp. 710-736.

⁶⁷ Secondo alcuni, tuttavia, tale definizione sembrerebbe piuttosto vaga se si considera la complessità dell’espressione “migrant worker”. Quest’ultima, infatti, includerebbe soggetti molto eterogenei tra loro: highly skilled professional, managerial and technical workers on short-term assignments or in joint ventures, contract labour migrants recruited in groups for specific projects, individual contract workers, seasonal workers, domestic servants, family members who enter the labour market and become part of the migrant labour force, foreign students working temporarily, asylum seekers who enter the labour market illegally before acceptance and who stay and work illegally after rejection of the asylum application and, finally, refugees who enter the labour market legally after acceptance. Cfr. F. ŞEN, S. KORAY, *Migrant Workers’ Rights*, in J. SYMONIDES (ed.), *Human Rights: Concept and Standards*, UNESCO Publishing, 2000, p. 330.

⁶⁸ Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 149.

ancora lasciato il Paese di origine per intraprendere la nuova occupazione nel Paese di destinazione. Il contratto costituirebbe, così, il requisito utile per definire un soggetto “lavoratore migrante”⁶⁹.

La Convenzione in esame garantisce una serie di diritti, riconoscendogli così la qualità di lavoratore migrante, anche a colui che decide di rimanere nel Paese di destinazione in cui ha svolto un’attività remunerata per un periodo di tempo ma che, per un dato motivo, ha dovuto interrompere il rapporto lavorativo⁷⁰. E’ questo il caso di lavoratori migranti disoccupati che intendono cercare un nuovo lavoro, di coloro i quali sono rimasti vittime di un incidente sul lavoro e rimangono nel Paese di impiego “to collect invalidity benefits”, o ancora, di una persona che ha lavorato in uno Stato di cui non è cittadino e si vede riconosciuta la qualità di lavoratore migrante pur essendo rientrata in quello Stato da turista⁷¹. Ne consegue che chiunque sia stato impiegato in un’attività remunerata verrà classificato sempre come lavoratore migrante⁷².

1.3.1 I problemi posti da alcune categorie di lavoratori migranti con riferimento al carattere temporaneo della loro permanenza nel territorio dello Stato di occupazione

Prima di analizzare le diverse categorie di lavoratori migranti, occorre soffermarsi, brevemente, sulla natura temporanea o permanente delle migrazioni internazionali⁷³, dalla quale è possibile ricavare conseguenti

⁶⁹ Tale definizione escluderebbe, dunque, tutti coloro che cercano lavoro in un Paese straniero per la prima volta senza aver già stipulato un contratto di impiego con il datore di lavoro. In tal senso, si è espresso il Relatore Speciale, M. Kamto, nel secondo rapporto sull’espulsione degli stranieri, doc. A/CN.4/573, cit., para. 119.

⁷⁰ Report of the Open-ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of all migrant workers and their families, (di seguito *Working Group Report*), UN Doc. A/C.3/38/5 (oct 1983), para. 78; *Working Group Report*, UN Doc. A/C.3/39/1 (jun 1984) para. 105; *Working Group Report*, UN Doc. A/C.3/40/1 (jun 1985), para. 122.

⁷¹ *Working Group Report*, (jun 1985), para. 153.

⁷² *Ibidem*, paras. 168-169.

⁷³ In generale, sull’evoluzione del processo migratorio, cfr. R. APPLEYARD, *International Migration Policies: 1950-2000*, in *IM*, vol. 39(6), 2001, pp. 7-20 e T. SCHINDLMAYR, *Sovereignty, legal regimes, and international migration*, in *IM*, vol. 41(2), 2003, pp. 109-123. Con riferimento alle misure volte alla gestione delle migrazioni temporanee, cfr. M. RUHS, *The potential of temporary migration programmes in future international migration policy*, su www.gcim.org, sett. 2005.

valutazioni in ordine alla tipologia dell'impiego svolto dallo stesso lavoratore sul territorio dello Stato di occupazione. Se al tempo dell'adozione della convenzione OIL n. 97/1949 le migrazioni permanenti di natura economica ai fini dello stabilimento⁷⁴ e le migrazioni temporanee⁷⁵ si configuravano come due fenomeni chiaramente distinti, la crisi petrolifera, che ha investito gran parte dei Paesi europei di immigrazione nei primi anni '70, ha sfumato fino a confonderli i contorni di tale distinzione. La crisi economica, infatti, ha finito per incidere notevolmente sulle politiche immigratorie dei Paesi principalmente colpiti, rendendole sempre più rigide e protezionistiche. A seguito dell'irrigidimento dei controlli alla frontiera, nonché della mancata richiesta di manodopera straniera, infatti, i lavoratori migranti impiegati "temporaneamente" nello Stato di occupazione hanno cercato in tutti i modi (anche sottraendosi ai controlli delle autorità nazionali) di stabilirsi sul territorio di detto Stato nell'intento ulteriore di stringere legami più forti con la società ospitante. Si è verificata, così, una chiara inversione di tendenza all'interno del fenomeno migratorio, il cui fine sembra essere non più soltanto lo svolgimento di un'attività economica sul territorio straniero, quanto la realizzazione di una vera e propria esigenza di stabilimento anche sul piano sociale dell'integrazione e del mantenimento dei legami familiari.

A fronte dell'aumento di ingressi illegali conseguente alle politiche immigratorie protezionistiche, la convenzione OIL n. 143 del 1975 non solo si configura quale strumento atto a prevenire e combattere il fenomeno dell'immigrazione clandestina e dell'occupazione illegale, ma sembrerebbe rispondere alle nuove esigenze del mercato interno ed internazionale del

⁷⁴ Ai sensi dell'art. 8 della Convenzione n. 97, per "migrazione permanente" deve intendersi la situazione in cui "a migrant for employment is admitted on a permanent basis upon arrival in the country of immigration". Parimenti, possono intendersi per "foreign migrant workers" coloro "...who wish to settle in another country for a considerable period of time with a view to being employed otherwise than on their own account". M. TARDU, *Migrant Workers*, cit., p. 364.

⁷⁵ Il riferimento è a quelle situazioni in cui la natura della migrazione è determinata dal tipo di occupazione che si intende svolgere sul territorio dello Stato ospitante. In questo senso, la durata di un impiego, per così dire "temporaneo", attiene al numero di giorni, settimane o

lavoro escludendo dal proprio ambito di applicazione *ratione personarum* una serie di categorie di lavoratori temporanei. Accanto a quelle già menzionate dall'accordo del 1949 (lavoratori frontalieri, liberi professionisti, artisti e marinai)⁷⁶, essa non si applica a tutti coloro che si trovano in uno Stato diverso dal proprio per motivi di istruzione e formazione, nonché a funzionari di organizzazioni o imprese operanti nel territorio di un paese, che siano stati ammessi temporaneamente in tale paese su domanda del datore di lavoro, per adempiere funzioni o compiti specifici, per un periodo limitato e determinato, tenute a lasciare detto paese quando tali funzioni o compiti siano terminati (art. 11.2)⁷⁷.

Sebbene le migrazioni su basi permanenti continuino a caratterizzare gran parte del fenomeno in questione⁷⁸, ad oggi si avverte maggiormente la tendenza a stanziarsi sul territorio dello Stato di occupazione per periodi (evidentemente brevi) pari alla durata del contratto di lavoro (si pensi, ad esempio, ai *lavoratori stagionali*, ai *lavoratori impiegati a titolo di progetto* o ai *lavoratori con impiego specifico*)⁷⁹.

Lo strumento adottato di recente nell'ambito delle Nazioni Unite intende tener conto delle trasformazioni in atto laddove estende il proprio ambito di applicazione anche a categorie di lavoratori migranti temporanei non contemplate in precedenza, tra cui frontalieri, stagionali, impiegati a titolo di progetto o con impiego specifico nonché lavoratori autonomi⁸⁰. Sono escluse

mesi predeterminato, o comunque, al tipo di contratto (anche rinnovabile annualmente) a medio termine.

⁷⁶ Cfr. *Migrant Workers*, in *EHR*, 2nd ed., Taylor & Francis, 1996, p. 1660.

⁷⁷ Sulle categorie escluse dalla sfera di applicazione delle convenzioni OIL in materia di migrazioni internazionali, v., R. PERRUCHOUD (éd.), *Migrations et protection des droits de l'homme*, OIM, 2005, p. 92 ss.

⁷⁸ Anche in Paesi, quali l'Australia, il Canada e la Nuova Zelanda, che tradizionalmente hanno accolto flussi migratori poi stabilizzatisi sul territorio, si registra un incremento sostanziale delle migrazioni economiche su basi temporanee, favorito evidentemente da una serie di riforme concernenti le politiche nazionali sull'immigrazione. General Survey *Migrant Workers* (1999), cit., para. 14.

⁷⁹ Per un'attenta analisi delle diverse categorie di lavoratori migranti su base temporanea, *Protecting the most vulnerable of today's workers*, cit., cap. 4 lett. a ss.

⁸⁰ L'art. 2.2 della Convenzione internazionale sui lavoratori migranti, in particolare, stabilisce che "(a) the term 'frontier worker' refers to a migrant worker who retains his or her habitual residence in a neighbouring State to which he or she normally returns every day or at least

le persone impiegate presso organizzazioni internazionali o inviate da uno Stato fuori dal proprio territorio per esercitare funzioni ufficiali, la cui ammissione è regolata dal diritto internazionale generale o da accordi internazionali; le persone inviate da uno Stato o per conto di uno Stato fuori dal proprio territorio per partecipare a programmi di sviluppo e ad altri programmi di cooperazione; le persone che divengono residenti di uno Stato altro dal loro Stato di origine in qualità di investitori; i rifugiati e gli apolidi⁸¹; gli studenti e gli stagisti⁸²; i marinai e i lavoratori di installazioni in mare che

once a week; (b) the term "seasonal worker" refers to a migrant worker whose work by its character is dependent on seasonal conditions and is performed only during part of the year; (c) the term "seafarer", which includes a fisherman, refers to a migrant worker employed on board a vessel registered in a State of which he or she is not a national; (d) the term "worker on an offshore installation" refers to a migrant worker employed on an offshore installation that is under the jurisdiction of a State of which he or she is not a national; (e) the term "itinerant worker" refers to a migrant worker who, having his or her habitual residence in one State, has to travel to another State or States for short periods, owing to the nature of his or her occupation; (f) the term "project-tied worker" refers to a migrant worker admitted to a State of employment for a defined period to work solely on a specific project being carried out in that State by his or her employer; (g) the term "specified-employment worker" refers to a migrant worker: (i) who has been sent by his or her employer for a restricted and defined period of time to a State of employment to undertake a specific assignment or duty; or (ii) who engages for a restricted and defined period of time in work that requires professional, commercial, technical or other highly specialized skill; or (iii) who, upon the request of his or her employer in the State of employment, engages for a restricted and defined period of time in work whose nature is transitory or brief; and who is required to depart from the State of employment either at the expiration of his or her authorized period of stay, or earlier if he or she no longer undertakes that specific assignment or duty or engages in that work; (h) the term "self-employed worker" refers to a migrant worker who is engaged in a remunerated activity otherwise than under a contract of employment and who earns his or her living through this activity normally working alone or together with members of his or her family, and to any other migrant worker recognized as self-employed by applicable legislation of the State of employment or bilateral or multilateral agreements".

⁸¹ Il motivo per cui rifugiati e apolidi sono espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della Convenzione si fonda sull'esistenza di specifici strumenti internazionali che intendono proteggere tali categorie. Tuttavia, l'Italia, unitamente alla Germania e alla Francia, osserva che tali strumenti offrono ben poca protezione ai soggetti che intendono svolgere un'occupazione, pertanto questi gruppi non dovrebbero essere esclusi dall'applicazione della Convenzione. *Working Group Report* (oct. 1985), paras 112-113. L'esclusione dei rifugiati e degli apolidi crea una situazione anomala nella misura in cui i richiedenti asilo sono definiti lavoratori migranti se svolgono un'attività lavorativa in un dato Paese, ma perdono tale status, ai sensi della Convenzione, non appena viene loro riconosciuto lo status di rifugiati. Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 153.

⁸² Una delle ragioni per cui gli studenti e gli stagisti non rientrano nell'ambito applicativo della Convenzione attiene alla necessità di scoraggiare il c.d. fenomeno del "brain drain" dai PVS ai Paesi sviluppati. A questo proposito, l'OIL nelle sue osservazioni esorta i redattori della Convenzione ONU ad assicurare la protezione di tutte le persone che lavorano in Paese diverso dal proprio, qualunque sia la natura della loro attività o lo status contrattuale, inclusi i

non sono stati autorizzati a risiedere o esercitare una attività remunerata nello stato di impiego (art. 3)⁸³.

1.3.2 I lavoratori migranti c.d. “irregolari”

Attualmente non esiste una definizione autonoma di *migrazione irregolare* (o *illegale*) universalmente accettata, essendo questa spesso parificata alla nozione di *migrazione clandestina*, ossia “a secret or concealed migration in breach of immigration requirements”⁸⁴. Normalmente colui che entra, lavora o soggiorna in un Paese diverso da quello di appartenenza in violazione delle norme nazionali vigenti in materia di immigrazione viene definito, indistintamente, *illegal*, *clandestine*, *undocumented* o *irregular migrant*⁸⁵. Ciò accade poiché non è sempre facile distinguere i contorni di ciascuna categoria, specie in considerazione del fatto che diverse fattispecie possono implicare l’assenza di una legale autorizzazione.

Dal punto di vista normativo, il contenuto della già citata Convenzione OIL n. 143 appare piuttosto ambiguo con riferimento ad una eventuale distinzione

rifugiati, gli apolidi, gli studenti e gli stagisti “whenever they are economically active”. ILO, Governing Body, 235° ses, Ginevra, feb.-mar 1987 *Recent Events in the UN System (Draft ICMW)*, ILO Doc. GB.235/IO/1/3, 2; ILO Doc. GB.229/IO/1/6, Appendix, para. 3.

⁸³ Quanto alla sfera di applicazione della Convenzione, c’è da dire che l’art. 3 si riferisce interamente ai migranti irregolari, ad eccezione dei “seafarers and workers on an offshore installation who have not been admitted to take up residence and engage in a remunerated activity in the State of employment”.

⁸⁴ *Glossary on Migration*, cit., p. 14. L’inesistenza di una chiara e precisa definizione di immigrazione clandestina/irregolare ci consente di analizzare due diverse prospettive. Infatti, per i Paesi di destinazione, “illegal entry, stay or work in a country, meaning that the migrant does not have the necessary authorization or documents required under immigration regulations to enter, reside or work in a given country”; per quanto riguarda i Paesi di invio, “the irregularity is for example seen in cases in which a person crosses an international boundary without a valid passport or travel document or does not fulfil the administrative requirements for leaving the country”. E’ stato osservato, inoltre, che non tutti i movimenti transnazionali non autorizzati vengono percepiti come migrazioni “irregolari” (potenzialmente in grado di minacciare la sovranità territoriale dello Stato), trattandosi, in alcuni casi, di semplici “migrazioni spontanee”, che non necessitano di alcun intervento preventivo urgente da parte dello Stato interessato; o di normali avvenimenti considerati insignificanti. Cfr. L. S. BOSNIAK, *Human rights, State sovereignty and the protection of undocumented migrants under the International Migrant Workers Convention*, in *IMR*, vol. XXV, n. 4, 1991, p. 744.

⁸⁵ *Towards a fair deal for migrant workers in the global economy*, ILO International Labour Conference, 92nd session 2004, Ginevra, para. 35.

tra migrazione *clandestina* e migrazione *irregolare* almeno sotto tre profili⁸⁶. In primo luogo, l'art. 3 si limita a richiedere agli Stati contraenti l'adozione di una serie di misure necessarie ed appropriate al fine di "sopprimere le migrazioni clandestine e l'occupazione illegale di lavoratori migranti" senza tuttavia chiarire il significato delle espressioni utilizzate (lett. *a*). In secondo luogo, la norma prosegue richiedendo una collaborazione interstatuale contro gli organizzatori di "illicit or clandestine movements" di lavoratori migranti (lett. *b*) senza chiarire se i due termini – illeciti e clandestini – debbano essere intesi come sinonimi, ovvero debbano riferirsi a fenomeni distinti. Infine, ulteriore confusione deriva dal prosieguo della norma, nella parte in cui viene chiesto agli Stati contraenti di porre in essere una serie di misure contro coloro che impiegano i lavoratori migranti "who have immigrated in illegal conditions", senza con ciò chiarire se bisogna intendere quel lavoratore "occupato illegalmente" (ossia senza un regolare contratto di lavoro) ovvero se la norma intende punire coloro che impiegano regolarmente il lavoratore pur avendo constatato l'illegalità del suo *status* giuridico (questa seconda opzione appare, tuttavia, quantomeno opinabile ed improbabile).

Pur in assenza di un chiaro riferimento normativo, ci sembra di poter affermare in via generale che sussiste comunque una differenza tra i vari fenomeni. In particolare, per *migrazione clandestina* si intende lo spostamento in violazione delle norme statali relative all'uscita dal Paese di origine (spesso con l'assistenza ed il sostegno di organizzazioni illegali), come pure all'ingresso nel Paese di destinazione o di transito⁸⁷ (eludendo i controlli alla frontiera o esibendo una documentazione falsa). Al contrario, riteniamo sia il caso di utilizzare l'espressione *immigrazione irregolare* nei casi in cui, pur

⁸⁶ Contra D. BONINI, B. NASCIMBENE, *Norme internazionali in materia di immigrazione: la Convenzione n. 143 dell'OIL e i migranti illegali*, cit., p. 326 che rilevano dal contenuto normativo dell'art. 3 una eventuale distinzione tra migrazione clandestina e migrazione irregolare.

⁸⁷ Ai sensi dell'art. 3.b del *Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria*, adottato a Palermo nel 2000 (v. *infra* cap. IV), l'*ingresso illegale* indica "il varcare i confini senza soddisfare i requisiti necessari per l'ingresso legale nello Stato d'accoglienza".

essendo entrato legalmente nel territorio del Paese di destinazione ed aver ottenuto un permesso di soggiorno, il migrante decide di rimanervi oltre il periodo concessogli⁸⁸. In questo caso, si noti che l'irregolarità attiene alla permanenza sul territorio dello Stato di destinazione, ossia ad un momento successivo rispetto all'ingresso. Infine, si parla di *occupazione illegale* quando il lavoratore migrante svolge una qualunque attività pur non essendovi autorizzato poiché sprovvisto di un regolare contratto di impiego⁸⁹.

Ritornando al dato normativo, la convenzione internazionale sui lavoratori migranti utilizza parallelamente due espressioni che incorporano alcune delle situazioni precedentemente analizzate. Infatti, essa distingue tra i c.d. *documented or in a regular situation migrants*, ossia coloro i quali “are authorized to enter, to stay and to engage in a remunerated activity in the State of employment pursuant to the law of that State and to international agreements to which that State is a party” (art. 5, lett. a) e i c.d. *non-documented or in an irregular situation migrants*, ossia coloro che “are not authorized to enter, to stay or to engage in employment in a State” (art. 5, lett. b)⁹⁰.

⁸⁸ Cfr. R. M. BATTAGLIA, *Le migrazioni abusive e l'occupazione illegale secondo la Convenzione n. 143 dell'OIL*, in G. GAJA (a cura di), *I lavoratori stranieri in Italia. Problemi giuridici dell'assunzione*, Bologna, 1984, p. 105. L'incremento del numero di “undocumented migrants” ha condizionato particolarmente le politiche sull'immigrazione soprattutto in relazione al rigido controllo delle frontiere. Cfr. R. APPLEYARD, *International Migration Policies: 1950-2000*, cit., p. 12. Il periodo tra il 1850 e 1914 è stato caratterizzato prevalentemente da flussi migratori irregolari provenienti dall'Europa e diretti verso il nord e il sud America e l'Oceania. Cfr. T. SCHINDLMAYR, *Sovereignty, legal regimes, and international migration*, cit., p. 112. L'espressione migrante “in situazione irregolare” può riferirsi anche ai c.d. rifugiati *de facto*, persone alle quali non è stato riconosciuto lo status di rifugiati legali e che non sono in grado (o si rifiutano) di ritornare nel Paese di origine per ragioni politiche o religiose. Cfr. L. S. BOSNIAK, *Human rights, State sovereignty*, cit., p. 737 ss.

⁸⁹ Cfr. E. GUILD, *Who is an irregular migrant?*, in B. BOGUSZ, R. CHOLEWINSKI, A. CYGAN, E. SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights*, cit. p. 3.

⁹⁰ In questa categoria rientrerebbero i clandestini, i c.d. overstayers e i richiedenti-asilo la cui domanda sia stata rigettata. Cfr., S. HUNE, J. NIESSEN, *Ratifying the UN Migrant Workers Convention: Current Difficulties and Prospects*, in *Neth. Q. Hum. R.*, 12, 1994, p. 393.

Alla luce di quanto detto sinora, la condizione di irregolarità è riconducibile a tutte quelle situazioni in cui l'ingresso, il soggiorno e l'impiego di migranti non siano stati concessi ed autorizzati dallo Stato di destinazione⁹¹.

1.3.3 La nozione di “lavoratore migrante” nell’ambito di talune organizzazioni internazionali

1.3.3a Il Consiglio d'Europa

In un ambito assai più ristretto, si colloca la Convenzione europea sullo status del lavoratore migrante⁹², la quale, contrariamente alla Convenzione ONU suindicata, riguarda i soli lavoratori migranti regolari cittadini di Stati membri del Consiglio d'Europa che l'hanno ratificata. Per *lavoratore migrante*, la Convenzione europea intende, infatti, “a national of a Contracting Party who has been authorised by another Contracting Party to reside in its territory in order to take up paid employment” (art. 1). É evidente che l'espressione “authorised ... to reside in its territory” chiarisce l'intenzione di voler escludere da una simile definizione i lavoratori migranti irregolari. Inoltre, il riferimento ad un'occupazione remunerata (“paid employment”) potrebbe suggerire la non applicazione della convenzione ai lavoratori autonomi e ai soggetti economicamente “inattivi” (studenti, turisti o pensionati)⁹³. Inoltre, il trattato in questione non si applica ai lavoratori frontalieri; agli artisti (ivi compresi gli artisti di varietà e gli animatori di spettacoli); agli sportivi impegnati per un breve periodo di tempo e alle

⁹¹ In tal senso, si è espresso il Relatore Speciale, M. Kamto, nel secondo rapporto sull'espulsione degli stranieri, doc. A/CN.4/573, cit., para. 54 ss. Sul piano normativo, l'art. 3.1 della *Convenzione europea di stabilimento* (adottata dal Consiglio d'Europa nel 1955, su <http://conventions.coe.int>) stabilisce che per “lawfully residing” si intende lo straniero che si è conformato alle norme che regolano l'ammissione, il soggiorno e lo spostamento di stranieri.

⁹² Adottata dal Consiglio d'Europa il 24 novembre 1977 ed entrata in vigore il 1° maggio 1983, pubbl. in *ETS* No. 93. Ratificata dall'Italia con L. n. 13 del 02.01.1995, in GU SO N. 14 del 18.01.1995. Per maggiori informazioni sullo stato delle ratifiche si consulti il sito ufficiale del Consiglio d'Europa: www.coe.int. In dottrina sul Consiglio d'Europa, v. a titolo esemplificativo: A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, cit., p. 115 ss.; V. GREMENTIERI, voce *Consiglio d'Europa*, in *DDP*, vol. III, 1989, p. 415; G. M. PALMIERI, voce *Consiglio d'Europa*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, 1988.

⁹³ Cfr. R. PLENDER, *International Migration Law*, cit., p. 253.

persone che svolgono una professione libera; ai marinai; ai tirocinanti; agli stagionali; infine, ai lavoratori di una Parte contraente, che svolgono un lavoro determinato nel territorio di un'altra Parte contraente, per conto di una impresa la cui sede sociale si trova fuori del territorio di detta Parte Contraente” (art. 1.2). Una simile impostazione ricorda, per certi versi, quella propria dei già citati strumenti normativi OIL in quanto esclude categorie quali i lavoratori frontalieri, i marinai, gli artisti e i liberi professionisti, pur tuttavia, discostandosene per ciò che attiene i lavoratori stagionali definiti dalla convenzione europea del 1977 come “who, being nationals of a Contracting Party, are employed on the territory of another Contracting Party in an activity dependent on the rhythm of the seasons, on the basis of a contract for a specified period or for specified employment” (art. 1 lett. e).

Se le definizioni contenute nelle convenzioni OIL evidenziano la condizione di regolarità della persona ammessa in qualità di lavoratore migrante sul territorio dello Stato di destinazione, senza che ciò impedisca agli Stati di prevedere ed assicurare una qualche forma di tutela anche ai c.d. lavoratori migranti illegali (v. in particolare la Parte I delle Convenzione n. 143), lo stesso non può dirsi della convenzione europea, la quale, definendo il lavoratore migrante come “il cittadino di una Parte contraente che è stato autorizzato da un'altra Parte contraente a soggiornare nel proprio territorio per svolgervi un lavoro retribuito” (art. 1), esclude chiaramente qualunque riferimento alla condizione di irregolarità del lavoratore, limitandone l'applicazione ai soli lavoratori di uno Stato parte che sono autorizzati a svolgere un'occupazione presso un altro Stato contraente.

Per concludere, ci sembra che lo strumento europeo presenti, rispetto alle convenzioni OIL citate, almeno due aspetti che potrebbero limitare il grado di tutela offerta ai soggetti di riferimento. Un primo profilo attiene all'ambito di applicazione della convenzione del 1977. Essa, infatti, trova attuazione nei confronti dei soli lavoratori migranti che abbiano la cittadinanza di uno Stato membro del Consiglio d'Europa. Al contrario, come avremo modo di osservare, le convenzioni OIL in materia trovano applicazione nei confronti

dei lavoratori migranti indipendentemente dalla loro nazionalità⁹⁴. Inoltre, lo strumento europeo, a differenza delle convenzioni suddette, esclude qualunque riferimento alla condizione di irregolarità del lavoratore migrante in quanto ritiene che questo ultimo debba essere stato “autorizzato” dallo Stato di occupazione a soggiornare sul proprio territorio (art. 1).

Un secondo aspetto attiene alla natura reciproca degli obblighi che si impongono nei confronti delle Parti contraenti la convenzione del 1977. Quest’ultima, infatti, impone l’obbligo di garantire la parità di trattamento solo nei confronti dei lavoratori migranti cittadini di uno Stato membro del Consiglio d’Europa che abbia ratificato il trattato in questione. Al contrario, gli Stati parte alle convenzioni OIL in materia sono tenuti ad applicare le norme in esse contenute anche nei confronti dei lavoratori migranti cittadini di Stati che non hanno proceduto alla ratifica di tali strumenti.

La coesistenza di tali elementi rischia di tradursi in una scarsa tutela dei diritti dei lavoratori migranti all’interno del contesto regionale del Consiglio d’Europa. Tuttavia, saremo in grado di giungere a conclusioni più precise nel prosieguo della trattazione quando prenderemo in esame alcuni diritti sostanziali sanciti nella convenzione del 1977 (v. *infra* cap. III).

1.3.3b L’Unione europea

A ben vedere, gli strumenti normativi internazionali sinora analizzati presentano alcune diversità in ordine alla definizione di lavoratore migrante. Se in alcuni casi, infatti, tale nozione tende ad assumere una valenza universale, in altri pare riferirsi ai soli cittadini di Stati contraenti; inoltre, appare piuttosto incerta la questione relativa alla condizione di regolarità, dal momento che per *lavoratore migrante* si intende prevalentemente colui che *risiede legalmente* nello Stato di occupazione (*a contrario* la Convenzione internazionale sui lavoratori migranti).

⁹⁴ General Surveys - *Migrant Workers*, cit., cap. II, sez. II, para. 109.

Ne discende che nell'ambito dell'ordinamento giuridico internazionale, tale categoria di soggetti riceverà un livello di protezione più o meno esteso a seconda del carattere esaustivo della stessa definizione e del grado di coordinamento esistente tra i vari strumenti normativi. Problemi di siffatta natura appaiono superabili in contesti normativi "speciali", entro i quali non solo la formulazione di tale definizione non incontra particolari difficoltà, quanto non sussistono forme di protezione "a più livelli". È questo il caso dell'ordinamento giuridico comunitario e dell'Unione europea. Come è noto, il diritto europeo comprende un complesso di norme che stabilisce un regime più favorevole nei confronti dei cittadini degli Stati membri, specie per ciò che attiene la disciplina dell'accesso al lavoro e del trattamento dei lavoratori stranieri.

In questa fase preliminare della trattazione, ci si soffermerà sulla nozione di lavoratore migrante comunitario, rinviando l'esame del quadro normativo e dell'eventuale rapporto tra norme internazionali e norme comunitarie (in quanto "diritto speciale") in materia di tutela del lavoratore extracomunitario ad approfondimenti successivi.

Occorre precisare, anzitutto, che se si intende per lavoratore straniero/migrante colui che abbandona il Paese di origine per recarsi in un altro Stato in vista di una nuova occupazione, nel contesto europeo egli assume un duplice significato. Da un lato, *lavoratore migrante* è il cittadino di uno Stato membro che intende svolgere un'attività lavorativa nel territorio di un altro Stato membro; dall'altro, è il cittadino di un Paese terzo che si reca in uno Stato membro dell'UE in cerca di lavoro.

Per quanto riguarda il primo profilo, è opportuno precisare che il Trattato istitutivo della CE sancisce il principio della libera circolazione dei lavoratori (art. 39, *ex art.* 48)⁹⁵, ossia riconosce ai cittadini degli Stati membri il diritto di spostarsi in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza per svolgervi

⁹⁵ Per un commento alla norma v. A. ADINOLFI, *I lavoratori*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 356 ss.

un'attività di lavoro subordinata (c.d. lavoratori comunitari)⁹⁶. Per effetto di tale principio, nel quale trova applicazione il divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità, i lavoratori migranti ricevono il medesimo trattamento rispetto ai lavoratori nazionali (c.d. principio della parità di trattamento)⁹⁷, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro (art. 39.2)⁹⁸.

⁹⁶ Benché la disposizione in questione non specifichi se i lavoratori subordinati debbano o meno essere cittadini di Stati membri (come accade, al contrario, per i lavoratori autonomi o i prestatori di servizi) non vi è dubbio che la norma debba essere interpretata in tal senso. Cfr. M. CONDINANZI, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, in M. P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo. Parte generale*, vol. I, Milano, 2007, p. 87 ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, IV ed., Padova, 2005, p. 477 ss.; A. ADINOLFI, *I lavoratori extracomunitari*, Bologna, 1992, p. 22, n. 25; M. CONDINANZI, B. NASCIMBENE, *Lavoro (Libera circolazione delle persone: Profili generali)*, in M. P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo. Parte speciale*, vol. II, Milano, 1997, p. 818; B. NASCIMBENE, *L'attuazione delle norme comunitarie sulla libera circolazione dei lavoratori*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Milano, 1998, pp. 3- 8; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2003, p. 77. Per quanto riguarda i cittadini/lavoratori di un nuovo Stato membro dell'Unione, l'atto di adesione prevede di regola una temporanea esclusione dal beneficio della libera circolazione (c.d. regime transitorio). In tema, v. A. LANG, *La libera circolazione delle persone in un'Unione ampliata: il nuovo regime dopo il 1° maggio 2004*, in *Cg*, 2004, p. 817 ss.

⁹⁷ È il caso di ricordare che l'art. 39 contiene una norma provvista di efficacia diretta, pertanto il singolo può far valere dinanzi al giudice o all'amministrazione la legittimità di ogni elemento discriminatorio che dovesse caratterizzare l'accesso al lavoro o le condizioni retributive o sociali e per ciò stesso costituisca un ostacolo al godimento del diritto alla libera circolazione. A titolo esemplificativo, v. le sentenze della Corte di giustizia: 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Van Duyn*, in *Racc.* 1337; 26 gennaio 1999, causa C- 18/95, *Terhoeve*, in *Racc.* I- 345 punti 55 ss.

⁹⁸ Il par. 2 dell'art. 39 rappresenta una chiara espressione del principio di non discriminazione (art. 12 TCE) applicato ad un settore particolare quale quello lavorativo. Per un commento alla norma prevista dall'art. 12 v. C. SANNA, *Articolo 12*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit., p. 231 ss. Come rilevato dalla Corte di giustizia, l'art. 12 "impone la completa parità di trattamento per soggetti che si trovino in una situazione disciplinata dal diritto comunitario, rispetto ai cittadini dello Stato membro" (sentenza 24 novembre 1998, C- 274-96, *Bickel*, in *Racc.* I- 7650; v. anche di recente sent. 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*, in *Racc.* I-6293). La nozione di parità di trattamento presuppone, come affermato dall'organo giurisdizionale, non solo che "le stesse norme di legge siano applicate ai cittadini nazionali ed agli stranieri, ma anche che dette norme siano applicate a queste due categorie di persone nello stesso modo"; il principio di non discriminazione, infatti, "consiste nell'applicare alle persone ivi contemplate le stesse disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che si applicano ai cittadini nazionali, ed a seguire le stesse prassi amministrative" (sent. 7 maggio 1986, 131/85, *Gül*, in *Racc.* 1573). Sul rapporto tra il principio di non discriminazione in base alla nazionalità e la libertà di movimento nel contesto della CE, v. G. DAVIES, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, The Hague, 2003. Per quanto attiene al diritto comunitario derivato, il Reg. n. 1612/68 del Consiglio del 15 ottobre 1968 relativo alla libera circolazione

Ne discende che, laddove uno Stato impedisse ad un cittadino europeo l'accesso e l'esercizio di un'attività lavorativa sul proprio territorio, ovvero cercasse di limitare o subordinare l'assunzione di manodopera straniera privilegiando i propri cittadini, violerebbe in maniera evidente norme fondamentali (contemporaneamente il principio di non-discriminazione e il principio della parità di trattamento⁹⁹).

dei lavoratori all'interno della Comunità (in GUCE L 257 del 19 ottobre 1968) accoglie un'interpretazione estensiva del principio di non discriminazione enunciato nell'art. 39; ove si legge che il "lavoratore cittadino di uno Stato membro non può ricevere nel territorio di altri Stati membri, a motivo della propria cittadinanza, un trattamento diverso da quello dei lavoratori nazionali per quanto concerne le condizioni di impiego e di lavoro, in particolare in materia di retribuzione, licenziamento, reintegrazione professionale o ricollocamento se disoccupato" (art. 7.1). I principi sin qui evocati trovano espressione in ulteriori atti (vincolanti e non) adottati dalle istituzioni comunitarie. Tra questi: il Reg. n. 312/76 del Consiglio, del 9 febbraio 1976, che modifica le disposizioni relative ai diritti sindacali dei lavoratori di cui al reg. n. 1612/68, in GUCE L 39 del 14 febbraio 1976; il Reg. n. 2434/92 del Consiglio, del 27 luglio 1992, che modifica la seconda parte del reg. n. 1612/68, in GUCE L 245 del 26 settembre 1992; la Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifiche al reg. n. 1612/68 (COD/98/229), in GUCE C 344 del 12 novembre 1998; la Comunicazione della Commissione *Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità*, COM(2002)694 def. dell'11 dicembre 2002; la Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento n. 1612/68 e abroga le direttive 64/221/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in GUCE L 158 del 30 aprile 2004 (rettifica pubb. in GUCE L 229 del 29 giugno 2004, pp. 35-48). Per un commento al decreto legislativo n. 30/2007 attuativo della direttiva 2004/38, si v. A. LANG, B. NASCIMBENE, *L'attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea*, in *Dir. immigr. cit.*, 2/2007, pp. 43-63.

⁹⁹ Il principio della parità di trattamento tra lavoratori cittadini di altri Stati membri e lavoratori nazionali, si realizza non solo nel rispetto del divieto di discriminazione fondate sulla cittadinanza o nazionalità, ma anche delle c.d. *discriminazioni indirette* derivanti, ad esempio, da normative nazionali che determinano un trattamento meno favorevole per il lavoratore migrante rispetto al nazionale. Per una ricostruzione delle più significative pronunce della Corte di giustizia in materia si v. A. ADINOLFI, *I lavoratori*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit., p. 360 ss. In dottrina sul punto, cfr. G. GAJA, *La libera circolazione dei lavoratori: diritto comunitario e diritto nazionale. Considerazioni introduttive*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, cit., p. 11 ss; F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, pp. 236-249; A. ADINOLFI, *La libera circolazione delle persone*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale*, Torino, 2006, p. 105 ss. Il principio di non discriminazione fondato sulla nazionalità, incontra un limite nelle c.d. "discriminazioni a rovescio", ossia nei casi in cui l'applicazione di una norma comunitaria da parte di uno Stato pone i suoi cittadini in una posizione di svantaggio rispetto ai cittadini di altri Stati membri. Per un riepilogo della giurisprudenza sul tema, v. L. S. ROSSI, *I cittadini*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Diritto Privato dell'Unione Europea*, Tomo I, Torino, 2000, p. 104 ss.

La libera circolazione dei lavoratori si configura come una libertà non assoluta e incondizionata¹⁰⁰, essendo connessa alla prestazione di un'attività retribuita in risposta ad una offerta effettiva di lavoro e alla conseguente necessità di circolare e risiedere stabilmente nel Paese di occupazione (art. 39.3). Tuttavia, perché si possa parlare di un effettiva realizzazione del principio della parità di trattamento, non basta riconoscere al lavoratore comunitario le medesime opportunità di impiego rispetto al cittadino, ma è necessario che “di fatto” gli venga riconosciuta una serie di diritti economici, sociali e culturali in grado di facilitare accanto a quella lavorativa la sua promozione sociale all'interno del Paese di occupazione. Parimenti, la libertà di circolazione e la parità di trattamento sarebbero compromesse se al lavoratore migrante non venissero più riconosciuti e garantiti i diritti precedentemente acquisiti o in corso di formazione relativi all'impiego svolto nel Paese di appartenenza¹⁰¹. L'intento della normativa comunitaria è proprio quello di favorire i lavoratori cittadini di uno Stato membro superando il tradizionale vincolo della *territorialità* e riconoscendo, così, tali prestazioni non più subordinandole esclusivamente alla permanenza nel luogo di lavoro o alla residenza nel luogo in cui il diritto alle stesse si è andato formando.

Il diritto di libera circolazione viene riconosciuto indistintamente ai lavoratori permanenti, stagionali e frontalieri, nonché ai prestatori di servizi. Ciò sta ad indicare che nessuna limitazione è prevista, dal Trattato o dalla normativa derivata, in ordine alle modalità e ai tempi della prestazione¹⁰².

¹⁰⁰ Sui limiti alla libertà di circolazione delle persone, cfr. L. S. ROSSI, *I cittadini*, cit., p. 118 ss.; e A. ADINOLFI, *La libera circolazione delle persone*, cit., p. 119 ss.

¹⁰¹ Si pensi, in mancanza di un coordinamento delle legislazioni nazionali, alla possibilità di perdere il diritto alle prestazioni di sicurezza sociale (malattia, maternità, invalidità. Infortunio, assegni familiari, disoccupazione) o alla riduzione, modifica, sospensione o annullamento del pagamento delle prestazioni per il fatto il beneficiario risiede in uno Stato diverso da quello ove si trova l'ente obbligato al pagamento.

¹⁰² Un orientamento questo che trova conferma nel quarto *considerando* del regolamento 1612/68, ove si afferma che il diritto di libera circolazione “deve essere riconosciuto indistintamente ai lavoratori “permanententi”, stagionali e frontalieri o a quelli che esercitano la loro attività in occasione di una prestazione di servizi”; in senso più ampio il terzo *considerando* della direttiva 2004/38/CE afferma che “la cittadinanza dell'Unione dovrebbe costituire lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri quando essi esercitano il loro diritto di libera circolazione e di soggiorno. È pertanto necessario codificare e rivedere gli

Quanto alla nozione di “lavoratore subordinato”, la Corte di giustizia delle Comunità Europee ha più volte ribadito che tale espressione deve essere definita secondo criteri propri del diritto comunitario in modo da impedire che “ciascuno Stato possa modificare la portata della nozione di *lavoratore migrante* ed escludere a suo piacimento determinate categorie di persone dalle garanzie offerte dal trattato”¹⁰³. Ai fini dell’applicazione dell’art. 39 TCE, per “lavoratore subordinato” (o dipendente o salariato) deve intendersi “una persona che compie, durante un certo tempo, a favore di un’altra e sotto la direzione di questa, prestazioni in contropartita delle quali percepisce una retribuzione”¹⁰⁴. Parimenti, può essere qualificato “lavoratore” ai sensi della predetta norma, chiunque svolga un’attività subordinata ad orario ridotto percependo, per tale motivo, una retribuzione inferiore a quella minima garantita nel settore considerato, purché si tratti pur sempre di un’attività economica “reale ed effettiva”¹⁰⁵. La Corte, interpretando estensivamente l’art. 39, ha incluso nella nozione di lavoratore subordinato, chiunque svolga un tirocinio durante il quale fornisca delle prestazioni e venga retribuito¹⁰⁶,

strumenti comunitari esistenti che trattato separatamente di lavoratori subordinati, lavoratori autonomi, studenti ed altre persone inattive al fine di semplificare e rafforzare il diritto di libera circolazione e soggiorno di tutti i cittadini dell’Unione”.

¹⁰³ CGCE 19 marzo 1964, *Unger*, causa 75/63, in *Racc.*, 364.

¹⁰⁴ Cfr. le sentenze della Corte: 12 dicembre 1974, *Walrave*, causa 36/74, in *Racc.*, p. 1405; 31 maggio 1989, *Bettray*, causa 344/87, in *Racc.*, 1621 ss.; 26 febbraio 1992, *Bernini*, causa C-3/90, in *Racc.*, I-1071 ss.; 12 maggio 1998, causa C-85/96, *Martines Sala*, in *Racc.* I-2691; 6 novembre 2003, *Ninni-Orasche*, causa C-416/00, in *Racc.*, punti 23-24. Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla nozione di “lavoratore”, v. B. NASCIMBENE, M. CONDINANZI, *Giurisprudenza di diritto comunitario. Casi scelti*, Milano, 2007, p. 588 ss. In dottrina, tra gli altri, cfr. B. NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, cit., p. 329 ss.; R. PLENDER, *International Migration Law*, cit., p. 194 ss.; M. CONDINANZI, B. NASCIMBENE, *Lavoro (Libera circolazione delle persone: Profili generali)*, cit., pp. 812-815; R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 229 ss.; A. ADINOLFI, *La libera circolazione delle persone*, cit., p. 128 ss.; F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione europea*, cit., pp. 246-247; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell’Unione e libera circolazione delle persone*, cit., p. 71 ss.

¹⁰⁵ La Corte nella già citata sentenza *Bettray*, ha escluso che possano rientrare nella definizione di lavoro subordinato, ai sensi dell’art. 39, le attività lavorative che costituiscono solo un metodo di rieducazione o di reinserimento sociale. Nel caso di specie, la qualità di lavoratore subordinato è stata negata ad un ex-tossicodipendente che aveva svolto un periodo di lavoro con finalità di rieducazione (p. 1621).

¹⁰⁶ Cfr. le sentenze 3 luglio 1986, *Lawrie-Blum*, Causa 66/85, in *Racc.*, 2121 e 21 giugno 1988, *Brown*, Causa 197/76, in *Racc.*, 3205.

chiunque decida di lasciare volontariamente il proprio lavoro per dedicarsi agli studi, purché sussista una certa relazione tra l'attività svolta in precedenza e gli studi in questione¹⁰⁷, chi svolga la propria attività in una società della quale il proprio coniuge sia direttore o detentore unico del capitale sociale, purché tale attività venga prestata nell'ambito di un vincolo di subordinazione¹⁰⁸.

Per la categoria dei "lavoratori autonomi" e dei prestatori di servizi si applicheranno, nel rispetto del principio della parità di trattamento rispetto ai lavoratori nazionali, le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento (artt. 43-48)¹⁰⁹ e alla libera circolazione dei servizi (artt. 49-55)¹¹⁰.

Non potendo, in tal sede, entrare nel merito delle relative discipline, ci limitiamo ad alcune considerazioni di carattere generale.

Per quanto riguarda il diritto di stabilimento, esso investe qualsiasi attività di lavoro svolta in regime di non subordinazione e in modo stabile¹¹¹. Si tratta, dunque, di una nozione diversa sia dalla libera circolazione dei lavoratori, limitata come abbiamo visto ai lavoratori subordinati, sia dalla libera prestazione di servizi, che viceversa, come vedremo, concerne sì il lavoro

¹⁰⁷ Cfr. le sentenze 21 giugno 1988, *Lair*, Causa 39/86, in Racc., punto 37 e *Bernini*, cit., punti 18-21.

¹⁰⁸ CGCE 8 giugno 1999, *Meeusen*, Causa C-337/97, in Racc., I-3289 ss. Al contrario, in una sentenza precedente, la Corte aveva escluso che potesse essere considerato lavoratore, ai fini del diritto comunitario, il direttore della società in quanto unico azionista, proprio in ragione del fatto che tale attività non veniva esercitata nell'ambito di un vincolo di subordinazione. 27 giugno 1996, *Asscher*, Causa C-107/94, in Racc., I- 3089 ss.

¹⁰⁹ Per un commento alle norme, si v. G. CONTALDI, *Il diritto di stabilimento*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit., p. 383 ss.

¹¹⁰ In dottrina sul diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, si veda M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale*, cit., p. 169 ss; R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, *ivi*, p. 219 ss.; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, cit., p. 113 ss. Per un commento: agli artt. 43-48 v. G. CONTALDI, *Il diritto di stabilimento*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit., p. 383 ss.; agli artt. 49-55 v. M LUGATO, *I servizi*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit., p. 403 ss.

¹¹¹ Per una precisa definizione della libertà di stabilimento v. a titolo esemplificativo le sentenze della Corte di Giustizia 21 giugno 1974, *Jean Reyners c. Belgio*, causa 2/74, in Racc. 631 e 30 novembre 1995, *Reinhard Gebbard c. Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Milano*, causa C-55/94, Racc. I-4165. Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al contenuto della libertà si rinvia a B. NASCIMBENE, M. CONDINANZI, *Giurisprudenza di diritto comunitario*, cit., p. 654 ss.

autonomo ma non quello prestato stabilmente in un Paese comunitario diverso da quello di origine. Della libertà di stabilimento beneficiano sia le persone fisiche che siano in possesso della cittadinanza di uno degli Stati membri, sia le persone giuridiche, in particolare le società (sempre che siano costituite in conformità alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità)¹¹². Il contenuto materiale della normativa che sancisce e disciplina la libertà di stabilimento rinvia al principio del trattamento nazionale. L'art. 43 stabilisce, infatti, che tale libertà deve essere realizzata "alle condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini". Ne deriva che la normativa in questione intende garantire lo stesso trattamento riservato ai cittadini, vietando innanzitutto ogni discriminazione fondata sulla nazionalità comportando così l'illegittimità di qualsiasi misura volta a colpire lo straniero in quanto tale.

A differenza dello stabilimento, che si traduce nel diritto dei cittadini di uno Stato membro di esercitare in modo continuo e permanente la propria attività in un altro Stato membro, la prestazione di servizi comporta l'esercizio temporaneo ed occasionale di un'attività non salariata in un altro Stato membro¹¹³. La disciplina prevista dal Trattato si limita a definire i principi essenziali della materia, affidando alle istituzioni comunitarie il compito di emanare i provvedimenti necessari ad attuare o facilitare la realizzazione della liberalizzazione. La titolarità del diritto alla libera prestazione dei servizi è riservata agli operatori che soddisfano due requisiti: il possesso della cittadinanza di uno degli Stati membri e lo stabilimento sul territorio di uno di essi (art. 49). Tuttavia, occorre precisare che la prestazione dei servizi al di

¹¹² Il Trattato prevede un'importante eccezione al beneficio della libertà di stabilimento con riguardo alle attività che nello Stato ospite "partecipino, sia pure occasionalmente ai pubblici poteri" (art. 45).

¹¹³ Va segnalato che la Corte di giustizia aveva riconosciuto efficacia diretta alle disposizioni sulla libera circolazione dei servizi originariamente contenute negli art. 59 ss. del Trattato con riferimento all'obbligo di sopprimere tutte le discriminazioni che colpiscono il prestatore di un servizio a causa della sua nazionalità o della residenza in uno Stato diverso da

fuori dello Stato membro in cui il prestatore è stabilito non richiede alcuna organizzazione stabile nello Stato in cui il servizio viene erogato (c.d. carattere *transfrontaliero* della prestazione)¹¹⁴.

1.3.3c L'Organizzazione mondiale del commercio

Le convenzioni OIL in materia di migrazioni internazionali e la convenzione internazionale sui lavoratori migranti non prevedono una netta distinzione tra lavoratori migranti “admitted for settlement”¹¹⁵ e “admitted for short-term employment”, pur riservando (specie nel caso dello strumento delle Nazioni Unite, Parte V) un livello di protezione “aggiuntivo” per alcune categorie di lavoratori migranti su base temporanea. In ambito europeo, come è noto, il regime “speciale” in materia di occupazione ed impiego vigente per i lavoratori comunitari (siano essi subordinati o autonomi), prevede alcune eccezioni riguardo alla natura *permanente* o *temporanea* del soggiorno del lavoratore migrante nello Stato di occupazione (si vedano, in particolare, le norme sul diritto di stabilimento e sulla condizione giuridica del prestatore di servizi).

La prospettiva in esame, suggerisce alcune considerazioni in merito ad una fattispecie disciplinata nell’ambito della normativa sul commercio internazionale¹¹⁶. L’ordinamento giuridico dell’Organizzazione mondiale del

quello in cui il servizio viene fornito. CGCE 3 dicembre 1974, causa 33/74, *Van Binsbergen*, in *Racc.* 1299; 4 dicembre 1986, causa 205/84, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 3755.

¹¹⁴ Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla nozione di “servizio” e al contenuto della libertà si v. B. NASCIMBENE, M. CONDINANZI, *Giurisprudenza di diritto comunitario*, cit., p. 712 ss.

¹¹⁵ Ricordiamo che in ambito regionale, la citata *Convenzione europea di stabilimento*, pur non definendo il “lavoratore migrante”, disciplina lo *status* dello straniero legalmente residente nel territorio di uno Stato parte in ordine all’ingresso, al soggiorno, all’espulsione, all’esercizio dei diritti fondamentali, all’espropriazione e alla naturalizzazione. In particolare, con riferimento alla durata del soggiorno la Convenzione si limita a stabilire che ciascuna Parte Contraente “...shall facilitate the entry into its territory by nationals of the other Parties for the purpose of temporary visits and shall permit them to travel freely within its territory except when this would be contrary to ordre public, national security, public health or morality” (art. 1); e “... shall, to the extent permitted by its economic and social conditions, facilitate the prolonged or permanent residence in its territory of nationals of the other Parties” (art. 2).

¹¹⁶ G. WURCEL, *Movement of workers in the WTO negotiations: a development perspective*, su www.gcim.org, ott. 2004.

commercio (OMC)¹¹⁷, infatti, fornisce una definizione, per così dire settoriale, di lavoratore migrante *esclusivamente* su base temporanea. Pur non conferendo agli individui un vero e proprio diritto di spostarsi, risiedere e lavorare in un Paese straniero¹¹⁸, alcune norme OMC riguardano la circolazione di prestatori di servizi tra Stati membri dell'Organizzazione. In particolare, rilevano a tal proposito le norme contenute nel *General Agreement on Trade in Services* (GATS)¹¹⁹. L'art. 1.2 del GATS disciplina quattro modalità di commercio nel settore dei servizi: la "fornitura transfrontaliera" (c.d. "Mode 1"), ossia lo spostamento dell'oggetto della prestazione non già del prestatore del servizio (lett. a); il "consumo all'estero" (c.d. "Mode 2"), implicante lo spostamento del fruitore del servizio nel Paese in cui questo viene fornito (lett. b)¹²⁰; la "presenza commerciale" (c.d. Mode 3") del

¹¹⁷ L'OMC è un'organizzazione internazionale istituita mediante un'Accordo contenuto nel *Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Organization*, firmato a Marrakech (Marocco) nell'aprile del 1994, ed il cui testo ufficiale è in GATT, *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, Geneva 1994. Nella vasta bibliografia sull'OMC, cfr. almeno G. VENTURINI (a cura di), *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2004; P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002; G. ADINOLFI, *L'Organizzazione mondiale del Commercio. Profili istituzionali e normativi*, Padova, 2001; E. GREPPI, *W.T.O. (World Trade Organization)*, in *DDP* (aggiornamento), Torino, 2000, p. 718 ss; P. MENGOLZI (ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999; G. SACERDOTI, *La trasformazione del GATT nella Organizzazione mondiale del Commercio*, in *DCI*, 1995, p. 73 ss.; E. U. PETERSMANN, *The Transformation of the World Trading System Through the 1994 Agreement establishing the World Trade Organization*, in *EJIL*, 1995, p. 161 ss.

¹¹⁸ Si veda in proposito, A. COSTA, *Emigrazione e circolazione del lavoro e dei servizi: un contributo metodologico*, in I. CARACCILO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, cit., p. 169; C. DOMMEN, *Migrants' Human Rights: Could GATS help?*, su www.migrationinformation.org, 1 marzo 2005; I. SEIDL-HOHENVELDERN, *International Economic Law*, The Hague, 1999, p. 105.

¹¹⁹ L'Accordo generale sugli scambi dei servizi disciplina l'intero settore dei servizi, incluso per la prima volta nel complesso di norme multilaterali che regolano il commercio internazionale. Il GATS è contenuto nell'Allegato 1B all'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio, firmato a Marrakech nell'aprile 1994. Esso fa parte dei c.d. "Accordi commerciali multilaterali" (ACM), ossia quegli accordi che accolgono il principio dell'impegno globale o unico (*single undertaking*) e che possono essere accettati solo in blocco. Questa categoria di accordi va distinta da quella dei c.d. "Accordi commerciali plurilaterali", ossia quegli accordi che vincolano solo gli Stati che vi aderiscono espressamente e non, automaticamente, tutti i Membri dell'OMC. Il GATS mira a regolamentare la liberalizzazione degli scambi internazionali di servizi tra gli Stati membri. In particolare, sulla struttura del GATS, v. P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, cit., p. 364 ss.

¹²⁰ È questo il caso di un fruitore di servizi medici o legali.

prestatore del servizio nel Paese dove questo deve essere reso (lett. c); la prestazione del servizio effettuata grazie alla “presenza fisica del prestatore” (c.d. “Mode 4”) nel territorio di uno Stato diverso dal proprio (lett. d). Ciò che interessa più da vicino la nostra analisi, è il “Mode 4”. Quest’ultimo, infatti, si riferisce ad una prestazione di un servizio effettuata da un prestatore (cittadino o residente permanente di uno dei Paesi membri OMC) attraverso la sua *temporanea* presenza fisica sul territorio di un altro Stato (es. un avvocato, un medico)¹²¹. Si tratta, dunque, di una forma particolare di migrazione basata su tre aspetti fondamentali. In primo luogo, l’ingresso in territorio straniero è condizionato dall’esistenza di uno specifico obiettivo (la prestazione di un servizio); in secondo luogo, tale obiettivo riguarda un preciso settore (appunto quello dei servizi), contrariamente alle più generali ipotesi di lavoratori migranti impiegati in diverse aree economiche; infine, si tratta di una permanenza temporanea nel Paese in cui tale servizio deve essere reso, in quanto il prestatore del servizio né intende soggiornarvi, né mira ad introdursi nel mercato del lavoro del Paese ospitante. Riguardo quest’ultimo aspetto, c’è da dire che il GATS, pur non definendo il termine “temporaneo”, esclude qualunque ipotesi di soggiorno permanente da parte del prestatore sul territorio dello Stato ospitante¹²².

¹²¹ Il “Mode 4” include diverse categorie, tra le quali: *business visitors* (“persons visiting the host country for the purpose of conducting or organizing business, but who receive no remuneration in the host country”); *intra-corporate transferees* (“existing employees transferred within the same foreign controlled company”); *contractual service suppliers* (“persons providing services where a foreign company obtains a contract to supply services to a host country client and sends its employees to provide the services”); *contractual service suppliers* (“an individual who wins a contract to supply services to a host country client”); *foreign employees of foreign companies established in the host country* (but excluding nationals of the host country employed by these companies). IOM *World Migration 2005. Costs and Benefits of International Migration*, p. 198. Sul “Mode 4” si veda pure, M. K. SOLOMON, *GATS Mode 4 and the Mobility of Labour*, in R. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOUD, E. MACDONALD (eds.), *International Migration Law*, cit., p. 107 ss.; E. ZEDILLO, P. MESSERLIN, J. NIELSON, *Trade for Development*, UN Millennium Project. Task Force on Trade, 2005, pp. 289- 296; M. I. PAPA, *Attività dell’Organizzazione Mondiale del Commercio nel 2004*, in *CI*, 3, 2005, 765 ss; C. DOMMEN, *Migrants’ Human Rights: Could GATS help?*, cit., 1° marzo 2005; O. SANDS, *Temporary Movement of Labor Fuels GATS Debate*, su www.migrationinformation.org, 1° giugno 2004.

¹²² A questo proposito, occorre distinguere tra i c.d. “business visitors” (“short-term stays of a few months (often limited to 3 months), with no remuneration received in the host

Ne discende che, compatibilmente allo scopo perseguito, ossia quello di regolare il movimento transfrontaliero dei prestatori di servizi tra gli Stati membri dell'OMC, il GATS "Mode 4" sembra voler considerare l'individuo semplicemente come prestatore di servizi piuttosto che come essere umano¹²³. Tuttavia, si tratta pur sempre di una limitata liberalizzazione della circolazione delle persone fisiche, maggiormente ridotta dalle previsioni contenute nell'*Allegato sul movimento di persone fisiche prestatrici di servizi ai sensi dell'Accordo*¹²⁴. Quest'ultimo, infatti, stabilisce che le norme GATS non si applicano alle misure riguardanti persone fisiche in cerca di un lavoro nel mercato di uno Stato membro, né alle misure che riguardano la cittadinanza, la residenza o rapporti di lavoro su basi permanenti (art. 2)¹²⁵. Inoltre, esso precisa che l'Accordo non pregiudica il diritto di ciascuno Stato di regolare l'ingresso o il soggiorno anche temporaneo di persone fisiche sul proprio territorio, così come quello di adottare misure atte a proteggere l'integrità dei propri confini e ad assicurare l'ordinato movimento transfrontaliero di persone fisiche (art. 4), a condizione che tali misure non siano applicate in modo da annullare impegni specifici precedentemente assunti.

In conclusione, l'Allegato intende fugare qualsiasi residua possibilità che il GATS funga da strumento per liberalizzare la circolazione delle persone fisiche ed imporre agli Stati vincoli in ordine alle condizioni di accesso di

country) e quelle categorie di lavoratori, la cui permanenza temporanea nel Paese ospitante può durare massimo pochi anni, che includono: "existing employees transferred within the same foreign controlled company (intracorporate transferees, generally limited to 2-5 years); service suppliers on specific term contracts with foreign or nationally owned firms: self-employed service providers whose remuneration is wholly or only partly received in the host country". OECD-World Bank – IOM Seminar on Trade and Migration, J. NIELSON, D. TAGLIONI, *A quick guide to the Gats and Mode 4*, p. 8.

¹²³ Cfr. S. CHARNOVITZ, *Trade law norms on international migration*, in A. ALEINIKOFF, V. CHETAIL (eds.), *Migration and International legal norms*, cit., p. 243.

¹²⁴ L'Allegato si applica a "measures affecting natural persons who are service suppliers of a Member, and natural persons of a Member who are employed by a service supplier of a Member, in respect of the supply of a service". La prima categoria copre "self-employed or independent service suppliers who obtain their remuneration directly from customers". J. NIELSON, D. TAGLIONI, *A quick guide to the Gats and Mode 4*, cit., pp. 6-7.

¹²⁵ Cfr. S. CHARNOVITZ, *Trade law norms on international migration*, cit., p. 243.

lavoratori migranti¹²⁶. Tuttavia, nonostante la palese riluttanza di alcuni Stati membri dell'OMC, non è escluso che i futuri negoziati possano condurre ad una maggiore flessibilità ed apertura del sistema di GATS in relazione alla libera circolazione dei prestatori di servizi in quanto persone fisiche¹²⁷.

Considerazioni conclusive

A fronte della difficoltà di pervenire ad una definizione di “migrante” universalmente accettata quale categoria giuridica, dovuta alla complessità del fenomeno migratorio internazionale, taluni organismi delle Nazioni Unite (*in primis* il Relatore speciale sui diritti dei migranti) hanno tentato di individuare il significato più generale del termine tenendo conto dell'esistenza di diverse categorie di soggetti c.d. migranti (rifugiati, profughi, richiedenti asilo, lavoratori migranti) se pur con scarsi risultati.

Il diritto internazionale, infatti, lungi dal prevedere un *corpus* unico di norme a tutela del migrante, ad oggi contempla una serie di strumenti specificamente rivolti ad alcune delle suddette categorie. In particolare, per quanto riguarda la migrazione economica la normativa internazionale adottata nell'ambito di talune organizzazioni internazionali (ONU, OIL e Consiglio d'Europa) non solo prevede una specifica tutela nei confronti dei lavoratori migranti, ma soprattutto fornisce una definizione che appare piuttosto chiara ed esaustiva.

¹²⁶ Cfr. F. MUNARI, *Immigrazione e diritto internazionale dell'economia: alcuni spunti di riflessione*, in *Dir. Comm. Int.*, aprile-giugno 2004, p. 249.

¹²⁷ Non sorprende, infatti, la posizione di taluni Stati - India e Brasile - si è rifiutato di procedere ad ulteriori liberalizzazioni nel campo dei servizi in assenza di una parallela apertura dei negoziati sul “Mode 4”. Un tentativo, in tal senso, è stato mosso proprio dall'India, la quale ha infatti proposto la creazione del c.d. “GATS visa”, ossia un particolare visto che faciliti il movimento dei prestatori di servizi tra Stati membri dell'OMC. L'intento sembrerebbe quello di voler rimuovere tutta una serie di ostacoli derivanti da rigide politiche nazionali in materia di immigrazione, nonché di snellire le procedure amministrative relative all'ingresso temporaneo in un Paese straniero. Sul punto, cfr. S. CHARNOVITZ, *Trade law norms on international migration*, cit., p. 250 e O. SANDS, *Temporary movement of labour fuels GATS debate*, cit. Sul ruolo svolto dall'OMC in ordine allo sviluppo della politica migratoria dell'UE, v. S. VELLUTI, *What European union strategy for integrating migrants? The role of OMC soft mechanisms in the development of an EU immigration policy*, in *EJML*, 1/2007, pp. 53-82.

Inoltre, come abbiamo avuto modo di notare, la figura del lavoratore migrante può assumere contorni più sfumati se analizzata all'interno di taluni ordinamenti giuridici. È questo il caso dell'Unione europea, all'interno della quale occorre fare una distinzione tra il lavoratore comunitario e il lavoratore extracomunitario ai quali si applicano due regimi differenti; o dell'Organizzazione mondiale del commercio, che pur non affrontando aspetti strettamente connessi alle migrazioni, tiene conto di quella particolare categoria di lavoratori migranti rappresentata dai c.d. prestatori di servizi all'interno dell'Accordo generale sul commercio e i servizi ("Mode 4").

Talune considerazioni in merito alle cause che determinano la condizione di "vulnerabilità" dei soggetti migranti, ci inducono necessariamente ad approfondire il quadro normativo internazionale di riferimento. Salvo quanto si dirà in merito a quegli strumenti che tutelano specificamente il lavoratore migrante, ci sembra di dover inquadrare la questione della protezione internazionale dei soggetti migranti all'interno del più generale sistema di tutela internazionale dei diritti della persona umana, accennando in premessa che, in quanto individui soggiornanti in uno Stato diverso da quello di nazionalità, essi beneficiano di tutte quelle garanzie che il diritto internazionale generale prevede in materia di trattamento degli stranieri.

CAPITOLO SECONDO

Lo status di lavoratore migrante

Premessa

Come è stato osservato in precedenza, il Relatore speciale sui diritti umani dei migranti ha proposto una definizione di *migrante* che include “persons who are outside the territory of the State of which they are nationals or citizens”. Pertanto, ci sembra che una ricostruzione del sistema internazionale di protezione degli individui che si trovano in un Paese diverso da quello di appartenenza debba necessariamente tenere conto di quegli istituti tradizionali del diritto internazionale che disciplinano i rapporti reciproci tra Stati in materia di trattamento dei propri cittadini all'estero (c.d. *protezione diplomatica*)¹²⁸. Ci riferiamo a quell'insieme di norme consuetudinarie che attribuiscono allo Stato il diritto di difendere il proprio cittadino¹²⁹ sul piano internazionale qualora sia stato vittima di un pregiudizio da parte dello Stato estero¹³⁰. Così facendo, lo Stato di nazionalità intende solo

¹²⁸ Sull'istituto della “protezione diplomatica” si vedano, tra gli altri B. NASCIMBENE, *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in S. BARIATTI, S. M. CARBONE, A. SANTA MARIA, R. LUZZATTO (a cura di), *Istituzioni di Diritto Internazionale*, III ed., Torino, 2006, p. 377 ss.; B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, cit., p. 213 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale* (a cura di P. Gaeta), Bologna, 2006, p. 98 ss.; T. TREVES, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 189 ss.

¹²⁹ Pur riconoscendo allo Stato un'ampia libertà nel determinare le modalità di attribuzione della cittadinanza, in assenza di specifiche norme convenzionali bilaterali o multilaterali, il diritto internazionale prevede che il rapporto di cittadinanza esprima un collegamento effettivo fra l'individuo e lo Stato territoriale, come ricordato dalla Corte internazionale di giustizia nel noto caso *Nottebohm*. In tale occasione l'organo giurisdizionale ha affermato che “according to the practice of States, to arbitral and judicial decisions and to the opinion of writers, nationality is the legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. It may be said to constitute the juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by the law or as the result of an act of the authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State. Conferred by a State, it only entitles that State to exercise protection vis-à-vis another State, if it constitutes a translation into juridical terms of the individual's connection which has made him its national”, sentenza 6 aprile 1955, *Liechtenstein c. Guatemala*, in ICJ Reports, 1955, p. 23.

¹³⁰ Nella nota sentenza sul caso *Mavrommatis*, la Corte Permanente di Giustizia Internazionale afferma: “c'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international”. (Caso *Mavrommatis Palestine Concession*, 30 agosto 1924, Serie A, n. 2, p. 129.

formalmente tutelare gli interessi del singolo¹³¹, di fatto esso mira a riaffermare la propria sovranità nei confronti di quello Stato estero che, non rispettando gli obblighi derivanti dalle norme internazionali sul trattamento dei cittadini stranieri, viola un diritto di cui è titolare lo Stato di nazionalità. Tuttavia, la protezione diplomatica rappresentava l'unico mezzo, se pur "indiretto", di protezione in favore del "singolo", qualora lo Stato di appartenenza avesse accettato di assumerne la difesa sul piano internazionale¹³². L'importanza e la persistente validità di tale istituto non solo hanno trovato conferma nella prassi giurisprudenziale tradizionale, ma soprattutto nell'impegno recentemente manifestato dalla Commissione di diritto internazionale in merito alla necessità di procedere con la codificazione delle norme sulla protezione diplomatica¹³³. Il testo del *Progetto di articoli sulla protezione*

¹³¹ Per G. BARILE, *Lezioni di diritto internazionale*, Padova, 1983, p. 38 ss., "gli individui si trovano rispetto agli Stati in una condizione di soggezione tale da non poter far valere i loro interessi internazionalmente protetti lesi da uno Stato estero altro che per il tramite dello Stato di cui sono sudditi". Cfr. pure R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli 1968, p. 400 ss., il quale precisa l'assoluta inesistenza di un effettivo obbligo, a carico degli Stati, di fare ricorso a tale istituto, aggiungendo che "l'individuo ne beneficia, per ragioni di fatto, data la materiale coincidenza dell'interesse dell'individuo con l'interesse statale..., in altre parole, l'intervento di protezione è un fatto che rientra nell'esclusivo e libero potere dello Stato".

¹³² Come osservato in dottrina, le norme consuetudinarie sul trattamento dello straniero (che attribuiscono allo Stato il diritto di esercitare la protezione diplomatica nei confronti di un proprio cittadino all'estero) non riconoscono sul piano internazionale un diritto di accesso alla giustizia in capo al singolo. Tale diritto sussiste sicuramente sul piano nazionale dal momento che lo straniero può ricorrere ai tribunali dello Stato estero che si ritiene abbia arrecato un pregiudizio al singolo. Tuttavia, è stato affermato che "once local remedies failed, diplomatic protection by the national state would "transform" the individual claim into a state claim with the effect of almost nullifying the role of the individual in the international remedial process". Un differente approccio deriva dall'evoluzione del diritto pattizio in materia di diritti umani. Come è stato rilevato, gli strumenti normativi di riferimento (adottati sia a livello universale che regionale), prevedono una serie di meccanismi di controllo all'interno dei quali viene riconosciuto al singolo la possibilità di ricorrere anche contro il proprio Stato di appartenenza per violazione di un diritto individuale. In altre parole, sul piano del diritto convenzionale pare si sia affermata l'esistenza di un vero e proprio diritto individuale di accesso alla giustizia internazionale. Cfr. F. FRANCONI, *The right of access to justice under customary law*, in F. FRANCONI (ed.), *Access to justice as a Human Right*, Oxford, 2007.

¹³³ Originariamente la materia era stata inclusa nei lavori sulla Responsabilità dello Stato dal primo Relatore García Amador, il quale inserì alcune disposizioni sulla protezione diplomatica nel suo rapporto presentato tra il 1956 e il 1961. Tuttavia, nelle fasi successive del processo di codificazione sulla Responsabilità dello Stato la materia in questione non venne in rilievo data la necessità da parte della CDI di discutere separatamente aspetti centrali legati al concetto di protezione diplomatica quali la cittadinanza del ricorrente e l'esaurimento dei ricorsi interni. L'Assemblea Generale, nella sua risoluzione 51/160 del 16 dicembre 1996, invitava la Commissione di Diritto Internazionale ad esaminare la questione relativa alla protezione diplomatica e ad indicarne lo scopo e il contenuto alla luce dei commenti e delle osservazioni esposti durante il Sesto Comitato. Alla sua 49° sessione, nel 1997, la CDI decide di creare un Gruppo di lavoro incaricato di studiare l'argomento proponendo una bozza che avrebbe costituito la base per un rapporto preliminare da parte di un Relatore speciale. Nell'ambito della 56°, 57° sessione, la CDI ha discusso i rapporti sulla

diplomatica, adottato in prima lettura dalla CDI¹³⁴, prevede le sole norme secondarie relative ai presupposti che consentono il ricorso alla protezione diplomatica¹³⁵.

protezione diplomatica preparati dal Relatore C. John R. Dugard. Per un commento, cfr. M. IOVANE, *The activity of the International Law Commission during its 56th session (2004)*, in *IYIL*, Vol. XV, 2005, pp. 263 ss.; ID., *The activity of the International Law Commission during its 57th session (2005)*, *ivi*, pp. 282-283; E. PISTOIA, *Commissione del Diritto Internazionale (57° sessione 2005)*, in *CI*, Vol. LXI, 2, 2006, pp. 387-392. V. pure il settimo rapporto del Relatore speciale presentato in occasione della 58° sessione della CDI, doc. A/CN.4/567 del 7 marzo 2006.

¹³⁴ Doc. A/CN.4/L.647 del 24 maggio 2004. Per un commento alle singole disposizioni del *Progetto* si veda il Doc. A/59/10, 59° sessione, suppl. n. 10.

¹³⁵ Ai sensi dell'art. 1 del *Progetto*, la protezione diplomatica consisterebbe nel "resort to diplomatic action or other means of peaceful settlement by a State adopting in its own right the cause of its national in respect of an injury to that national arising from an internationally wrongful act of another State". E' evidente che tale disposizione, in linea con l'impostazione tradizionale (v. *Mavrommatis*), non intende obbligare lo Stato a proteggere i suoi cittadini all'estero. In altre parole, l'individuo che subisce un pregiudizio all'estero riceve una qualche forma di tutela a livello internazionale nella misura in cui il suo Stato di appartenenza decida di esercitare la protezione diplomatica ricorrendo ai mezzi diplomatici al fine di ottenere un indennizzo per il danno causato dallo Stato autore dell'illecito. L'azione o intervento in protezione diplomatica si configura infatti come un diritto (l'art. 2 del *Progetto* stabilisce che "a State has the right to exercise diplomatic protection in accordance with the present draft articles") non già un obbligo, dello Stato, il cui esercizio è lasciato alla sua stessa discrezionalità (nel citato caso *Nottebohm*, la CIG sottolinea che "la protezione diplomatica è una misura di difesa dei diritti dello Stato esercitata da questo in piena discrezionalità") non stabilendo le norme sul trattamento dello straniero nessun diritto di cui risulti titolare il singolo (sia esso cittadino o straniero). La Corte distrettuale di Tokyo ha affermato nel caso "Danni causati dal bombardamento atomico in Hiroshima e Nagasaki", che la "diplomatic protection is ... an act based on the state's own right of diplomatic protection, and the individual's claim itself is not asserted by this act. The claim for damages is asserted at the state's own claim", *R. Schioda e altri v. Governo giapponese* (7 dicembre 1963). E' evidente che il requisito della cittadinanza costituisce non già una condizione meramente formale quanto piuttosto un presupposto sostanziale. Il *Progetto*, tuttavia, prevede la possibilità di esercitare la protezione diplomatica anche nei confronti di individui non-cittadini, nella specie apolidi e rifugiati che "at the time of the injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State" (art. 8). Perché uno Stato possa agire in protezione diplomatica occorre che lo straniero abbia esperito tutti i rimedi previsti dall'ordinamento interno così come stabilito dalla regola consuetudinaria del *previo esaurimento dei ricorsi interni* purché adeguati ed effettivi. In altri termini, non è sufficiente limitarsi ai soli ricorsi giurisdizionali, ma è necessario proporre gli eventuali ricorsi amministrativi e, in generale, esaurire ogni possibilità prevista dall'ordinamento giuridico dello Stato. Circa il consolidamento della regola del *previo esaurimento dei ricorsi interni*, rileva la prassi giurisprudenziale della Corte Internazionale di Giustizia, caso *Interhandel* del 21 marzo 1959, n. 2; caso *Elettronica Sicula (ELSI)* del 20 luglio 1989, par. 50. Il *Progetto* dedica la parte terza ai ricorsi interni definendoli come "legal remedies which are open to an injured person before the judicial or administrative courts or bodies, whether ordinary or special, of the State alleged to be responsible for the injury", indicando, altresì, tutta una serie di eccezioni alla regola in esame (art. 16). L'eccessivo ricorso da parte dei paesi europei e degli Stati Uniti allo strumento della protezione diplomatica, ovvero alla "politica delle cannoniere" e all'uso della forza, ha indotto taluni paesi latino-americani a considerare tale istituto come un mezzo di pressione politica ed economica volto ad interferire negli affari interni di uno Stato (dando vita alla c.d. "dottrina Calvo" che prende il nome da un internazionalista e diplomatico argentino. In sintesi tale istituto costituiva, secondo alcuni. Un simile orientamento condusse all'elaborazione della c.d. teoria sullo *standard nazionale*, secondo la quale gli Stati avrebbero l'obbligo di assicurare allo straniero un trattamento non diverso da quello del cittadino. Tale teoria si contrapponeva al c.d. *standard minimo internazionale* di trattamento degli stranieri e, cioè, all'idea che ogni Stato, pur essendo in linea di principio libero di agire come meglio crede nei riguardi degli stranieri presenti nel proprio territorio, dovrebbe però, nel contempo,

Questo ultimo assume oggi una connotazione diversa se analizzato alla luce dell'evoluzione del regime di tutela internazionale dei diritti umani¹³⁶. Infatti, alle tipiche forme di protezione offerte dal diritto internazionale consuetudinario, si affiancano quelle che gli Stati sono in grado di fornire sulla base degli impegni assunti mediante la stipulazione di trattati in materia di diritti umani¹³⁷. Il sistema di protezione dei diritti umani, infatti, non solo presenta aspetti innovativi rispetto all'istituto tradizionale della protezione diplomatica¹³⁸ (basti pensare al venir meno

assicurare a tali soggetti il godimento di quei diritti fondamentali che risultano essere normalmente riconosciuti negli ordinamenti degli Stati civili ad ogni essere umano. Cfr. L. CONDORELLI, *Cours de Droit International Public*, Université de Genève, Faculté de droit, ed. 1994-1995, p. 125.

¹³⁶ In argomento, cfr. A. VERMEER-KÜNZLI, *As if: The legal fiction in diplomatic protection*, in *EJIL*, 18/1, 2007, pp. 37-68; L. CONDORELLI, *L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique*, in J.-F. FLAUS (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), p. 1 ss.; J.-F. FLAUS, *Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique*, ivi, p. 29 ss.; M. PINTO, *De la protection diplomatique et la protection des droits de l'homme*, in *RGDIP*, vol. 106, No. 3 (2002), p. 513. E. MILANO, *Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?*, in *NYIL*, vol. 35 (2004); p. 85 ss.; R. B. LILLICH, S. C. NEFF, *Treatment of Aliens and International Human Rights Norms*, in *GYBIL*, 1978, pp. 97-118.

¹³⁷ Il diritto internazionale dei diritti umani consta di un gruppo di sei convenzioni fondamentali definite *core human rights treaties*: la *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale* adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 1965 a New York ed entrata in vigore il 4 gennaio 1969 (in *UNTS*, vol. 660, p. 195); il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 a New York ed è entrato in vigore il 23 marzo 1976 (in *UNTS*, vol. 999, p. 171); il *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 a New York ed è entrato in vigore il 3 gennaio 1976 (in *UNTS*, vol. 993, p. 3); la *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne* adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979 a New York ed entrata in vigore il 3 settembre 1981 (in *UNTS*, vol. 1249, p. 13); la *Convenzione contro la tortura e altri trattamenti inumani o degradanti* adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 a New York ed entrata in vigore il 26 giugno 1987 (in *UNTS*, vol. 1465, p. 85); la *Convenzione sui diritti del fanciullo* adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 a New York ed entrata in vigore il 2 settembre 1990 (in *UNTS*, vol. 1577, p. 3).

¹³⁸ In dottrina, sulla necessità di rivedere l'istituto della protezione diplomatica alla luce dell'evoluzione della disciplina dei diritti umani, cfr., G. GAJA, *Is a State Specially Affected when its Nationals' Human Rights are Infringed?*, in L. C. VOHRAH et al. (eds), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, 2003, p. 375 ss.; P. PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, in *RDI*, 1/2006, p. 68 ss.; C. TIBURCIO, *The human rights of alien under international and comparative law*, cit., p. 33 ss. L'idea che il diritto internazionale dei diritti umani e il sistema di tutela da esso derivante abbia, in qualche modo, inciso sulle tradizionali norme relative al trattamento degli stranieri sembra si sia ormai da tempo consolidata. Benché la condizione dello straniero venga ancora oggi considerata una sfera autonoma e distinta dalla più generale tematica dei diritti umani, tuttavia i diritti degli stranieri sono oggi più che in passato reinterpretati e riformulati alla luce dei principi universali che tutelano la dignità umana. Cfr., A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, seconda ed., Bari, 2006 e dello stesso autore *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, 1999, p. 91 ss. A riguardo, giova menzionare due recenti sentenze della Corte internazionale di giustizia che "rivoluzionano" l'impostazione tradizionale dell'istituto della protezione diplomatica. Nel primo caso, l'organo giurisdizionale ha messo in evidenza che la protezione diplomatica non solo consente allo Stato (che esercita un diritto

del requisito della cittadinanza che costituiva presupposto sostanziale del ricorso a tale istituto; o ancora alla caratterizzazione propria dei diritti sanciti negli strumenti internazionali in quanto diritti della persona, la cui giustiziabilità risponderebbe all'esigenza di tutelare l'individuo non già un interesse dello Stato di cittadinanza), ma rappresenta un nuovo approccio¹³⁹ che completa quello esistente pur evidenziandone limiti e contraddizioni. Tuttavia, vi sono casi in cui gli individui non hanno accesso ai meccanismi internazionali di tutela contro uno Stato estero accusato di aver violato tali diritti¹⁴⁰; pertanto il ricorso all'istituto della protezione

proprio) di ottenere nella persona del proprio cittadino il trattamento che allo Stato stesso è dovuto nel rispetto di un trattato, quanto di far valere un diritto accordato al singolo direttamente da un trattato. Nel caso di specie, l'art. 36 della Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni diplomatiche e consolari (adottata il 24 aprile 1963, pubbl. in *UNTS*, vol. 596, p. 261), creerebbe diritti per la persona detenuta che si aggiungono a quelli dello Stato di appartenenza, essendo diritti propri non solo di tale Stato, ma anche della persona umana (ad essi viene riconosciuto non solo il carattere di diritti individuali ma soprattutto di diritti dell'uomo). CIJ, *LaGrand (Germania c. Stati Uniti)*, Recueil, 2001, par. 77 ss. In dottrina, v. J. M. SOREL, *L'emergence de la persone humaine en droit international: l'exemple de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice*, in *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 2169 ss.; L. VIERUCCI, *La tutela di diritti individuali in base alla Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari: in margine al caso LaGrand*, in *RDI*, 3, 2001, p. 686 ss. Nel caso *Avena*, la Corte accoglie il ricorso presentato dal Messico (9 gennaio 2003), con il quale lo Stato lamentava la violazione da parte degli Stati Uniti degli artt. 5 e 36 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari (1963), non avendo informato i 54 cittadini messicani (condannati alla pena di morte) del diritto all'assistenza consolare del proprio Stato di appartenenza nel corso del procedimento penale *ex art.* 36 della Convenzione e non avendo notificato alle rappresentanze messicane la condizione di detenzione degli stessi impedendo loro, così, di assistere i propri connazionali. Nella sentenza la Corte osserva che: "...violations of the rights of the individual under Article 36 may entail a violation of the rights of the sending State, and that violations of the rights of the latter may entail a violation of the rights of the individual"; e che: "in these special circumstances of interdependence of the rights of the State and of individual rights, Mexico may, in submitting a claim in its own name, request the Court to rule on the violation of rights which it claims to have suffered both directly and through the violation of individual rights conferred on Mexican nationals under Article 36, paragraph 1 (b)" (para. 40). *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, I.C.J. Reports, 2004.

¹³⁹ Tali sviluppi nel campo della tutela internazionale dei diritti umani hanno influenzato in maniera significativa il contenuto del Progetto di articoli sulla protezione diplomatica. L'art. 17 stabilisce che: "The present draft articles are without prejudice to the rights of States, natural persons or other entities to resort under international law to actions or procedures other than diplomatic protection to secure redress for injury suffered as a result of an internationally wrongful act". In altre parole, la norma in esame rinvia prevalentemente alle procedure di controllo previste dai trattati sui diritti umani attivabili su iniziativa di parte che consentono: da un lato, a qualunque Stato contraente (non soltanto a quello di nazionalità) di proteggere un individuo dalla violazione di un diritto sancito in tali strumenti da parte di un altro Stato (c.d. ricorsi interstatali); e dall'altro al singolo di ricorrere contro lo Stato (incluso quello di appartenenza) che si suppone abbia violato un suo diritto (c.d. ricorsi individuali).

¹⁴⁰ Il Relatore Speciale J. Dugard alla Commissione di diritto internazionale sulla protezione diplomatica nel suo primo rapporto afferma che "diplomatic protection provides a potential remedy for the protection of millions of aliens who have no access to remedies before international bodies and it provides a more effective remedy to those who have access to the often ineffectual remedies container in international human rights instruments" (Doc A/CN.4/506 del 7 marzo 2000, para. 68).

diplomatica sembra costituire uno strumento indispensabile per la protezione dei diritti umani dei cittadini dello Stato interessato¹⁴¹. In conclusione, il meccanismo di protezione diplomatica e quello di protezione dei diritti umani non si escludono l'un l'altro, al contrario, risultano essere tra loro complementari se non, a volte, suppletivi¹⁴². Ne deriva, che l'individuo riceve sul piano internazionale una duplice forma di tutela: come suddito di uno Stato, quando si reca all'estero; come persona umana, quale che sia la sua nazionalità¹⁴³. La tutela internazionale del migrante (inteso come soggetto che risiede sul territorio di uno Stato di cui non possiede la cittadinanza), infatti, si ispira alle tradizionali norme di diritto consuetudinario che regolano i rapporti tra Stati in ordine al trattamento da riservare ai rispettivi cittadini, per poi inserirsi nel più generale contesto del sistema di protezione dei diritti della persona umana¹⁴⁴.

¹⁴¹ Cfr., P. H. KOOIJMANS, *Is the right to diplomatic protection a human right?*, in *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, cit., p. 1976.

¹⁴² Cfr., L. CONDORELLI, *La protection diplomatique et l'evolution de son domaine d'application actuelle*, in *RDI*, vol. LXXXVI, n. 1, 2003, p. 19.

¹⁴³ Dovendo tralasciare, in questa sede, la complessa problematica della soggettività giuridica internazionale della persona umana, rinviamo a S. M. CARBONE, *I Soggetti e gli altri attori nella Comunità internazionale*, in S. BARIATTI, S. M. CARBONE, A. SANTA MARIA, R. LUZZATTO (a cura di), *Istituzioni di Diritto Internazionale*, cit., p. 24; B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2006, p. 19 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, cit., p. 177 ss.; ID., *Individuo (dir. intern.)*, in *Enc. Dir.*, XXI, 1971, pp. 184-224; nonché ai numerosi studi di G. ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1952; *La persona giuridica come soggetto strumentale*, Milano, 1952; *Stati e altri enti (soggettività internaz.)*, in *NDI*, XVIII, 1971, 132 ss.; G. SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale*, Milano, 1950.

¹⁴⁴ Il processo di internazionalizzazione dei diritti umani derivante dalla stipulazione di numerosi trattati (a vocazione sia universale che regionale) attraverso i quali gli Stati contraenti si impegnano al rispetto dei suddetti diritti, consente ormai di affermare la tendenza da parte della Comunità internazionale a considerare i valori fondamentali a tutela della dignità umana come norme internazionali di carattere generale, vincolanti per tutti gli Stati. Tra le disposizioni convenzionali considerate eventualmente come dotate di portata generale rientrano quelle relative ai diritti dichiarati espressamente inderogabili dagli atti normativi vigenti in materia in quanto strettamente connessi alla tutela della dignità umana, nonché secondo quanto sostenuto da talune posizioni dottrinali, l'intera gamma dei diritti proclamati dalla Dichiarazione universale. Cfr. J. F. FLAUSS, *La protection des droits de l'homme et les sources du droit international*, in *La Protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de Strasbourg SFDI, Paris, 1998, p. 59 ss. In dottrina si è ormai consolidata l'idea che le norme sui diritti umani contenute negli strumenti normativi a carattere regionale facciano parte del diritto internazionale generale. In particolare, cfr., L. CAFLISH, A. A. CANÇADO TRINDADE, *Les Conventions Americane et Europeenne des Droits de L'Homme et le Droit International General*, in *RGDIP*, 2004/1, pp. 5-61; e G. COHEN-JONATHAN, J. F. FLAUSS, *Cour Européenne des droits de l'homme et droit international général*, in *AFDI*, XLVIII, 2002, pp. 675-692. In materia, la prassi giurisprudenziale della Corte internazionale di giustizia ha contribuito significativamente sia alla promozione e alla protezione dei diritti umani, sia al rafforzamento del contenuto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani riconoscendo la loro natura consuetudinaria. Se originariamente la giurisprudenza contenziosa non conteneva esplicito riferimento ai diritti fondamentali (v. sent. 9 aprile 1949 sul caso *Détroit de Corfou* in cui si

Parte I - La tutela dei diritti fondamentali dei migranti

In linea con quanto sostenuto dal citato Gruppo di lavoro esperti sui diritti umani dei migranti, ossia la necessità di salvaguardare la dignità umana di ciascun individuo, indipendentemente dal proprio *status* giuridico¹⁴⁵, ci sembra che la questione relativa alla protezione dei diritti fondamentali dei migranti, *sub specie* dei lavoratori migranti¹⁴⁶, si inquadri, in via generale, in quel vasto movimento

afferma che gli Stati devono rispettare certi obblighi non solo in virtù di norme convenzionali, ma anche dell'esistenza di "certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre" (p. 21); e il caso "Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci" (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*) del 27 giugno 1986, in cui la Corte afferma che i comportamenti degli Stati devono essere "appréciés en fonction des principes généraux de base du droit humanitaire applicables en toute circonstance", *Reports*, 1986, para. 112), negli anni la prassi della CIG ha consentito di sostenere con più vigore l'esistenza di norme generali in materia di diritti umani (v. sent. *Barcelona Traction, Light and Power Company*, in cui la Corte, evidenziando la distinzione tra "... the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State ...", ha affermato che "by their very nature the former are the concern of all States" e possono derivare da "...the outlawing of acts of aggression, and of genocide, and also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination"; se alcuni diritti di protezione sono sanciti in strumenti internazionali di carattere universale o quasi universali, altri, continua la Corte, "se sont intégrés au droit international général" (paras. 33-34); e la sentenza del 24 maggio 1980, *Personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Teheran (Stati Uniti c. Iran)*, in cui l'organo giurisdizionale principale delle Nazioni Unite, affermando che il fatto "...wrongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights", riconosceva il valore consuetudinario del rispetto dei diritti umani (*Reports*, 1980, para. 91). Per quanto riguarda la giurisprudenza consultiva, segnaliamo il parere sulle *Riserve alla Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio* (28 maggio 1951), in cui la Corte ha affermato che "les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligent les Etats même en dehors de tout lien conventionnel" (*Rec.* 1951, p. 23) e sulla situazione in Namibia, in cui l'organo giurisdizionale ha sottolineato che in virtù della Carta delle Nazioni Unite, sul mandatario incombe l'obbligo di osservare e far rispettare "...in a territory having an international status, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race" (*Conseguenze giuridiche per gli Stati della presenza continua dell'Africa del Sud in Namibia (Sud-ovest africano) nonostante la risoluzione 276 (1970)*, 21 giugno 1971, *Reports*, 1971, para. 131). Per una breve ricostruzione della prassi consultiva e giurisprudenziale della CIG in materia di diritti umani, v. C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, seconda edizione, Torino, 2006, pp. 31-39; E. DECAUX, *Cour Internationale de Justice et droits de l'homme*, in *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, cit., p. 921 ss.; M. G. GUILLAUME, *La Cour Internationale de Justice et les droits de l'homme*, in *Dr. Fond.*, n.1, 2001, pp. 23-29; T. MERON, *Human rights and humanitarian norms as customary law*, Oxford, 1989, p. 106 ss.

¹⁴⁵ V. il cit. Doc. E/CN.4/1998/76 del 10 marzo 1998.

¹⁴⁶ In generale sui diritti dei lavoratori migranti, v. R. CHOLEWINSKI, *The Rights of Migrant Workers*, in R. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOUD, E. MACDONALD (eds.), *International Migration Law*, cit., p. 255 ss.

internazionale volto alla tutela della persona umana¹⁴⁷. A questo riguardo, è stato precisato che tutti i lavoratori migranti e i membri della loro famiglia, in quanto *esseri umani*, ricevono protezione dalle norme contenute nei principali trattati internazionali sui diritti umani (ad eccezione di quei casi in cui eventuali distinzioni tra cittadini e non-cittadini rispondano ad un obiettivo legittimo dello Stato e siano proporzionali al raggiungimento dello stesso)¹⁴⁸.

Pertanto, in questa fase ci proponiamo di individuare alcune tra le principali norme internazionali sui diritti umani che, direttamente o indirettamente, sembrano incidere sulla condizione dei soggetti migranti in relazione alla trattamento che gli Stati ospitanti devono riservare loro, ponendo le basi per una successiva trattazione che avrà ad oggetto taluni strumenti normativi che disciplinano più nel dettaglio la condizione giuridica del lavoratore migrante.

L'assenza di un unico "set of standards" riferibile ai migranti (nell'accezione più generale del termine), infatti, non impedisce di individuare un nucleo di previsioni volte a garantire protezione a tutti coloro che attraversano i confini internazionali nell'intento di stabilirsi in un Paese diverso da quello di appartenenza. È stato

¹⁴⁷ In argomento, cfr. D. WEISSBRODT, *The Protection of Non-Citizens in International Human Rights*, in R. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOUD, E. MACDONALD (eds.), *International Migration Law*, cit., p. 221 ss.; il rapporto della Commissione Globale sulla Migrazione Internazionale, *Migration in an interconnected world: New directions for action*, ottobre 2005, p. 54; S. GRANT, *International migration and human rights*, 2005; S. MARTIN, *The legal and normative framework of international migration*, 2005, consultabili sul sito www.gcim.org; A. FERNÁNDEZ LE GAL, G. CANO, *Immigración y derechos de los extranjeros*, Cordoba, 2004; J. M. BOSCH, *Migraciones económicas masiva y derechos del hombre*, Barcelona, 2002; F. RIGAUX, *L'immigration: dorit international et droits fondamentaux*, in *Les droits de l'homme à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Pierre Lambert*, Brussels, 2000; S. AIKEN, T. CLARK, *International Procedures for Protecting the Human Rights of Non-citizens*, in *JLSP*, 1994, p. 183 ss.; A. C. KISS, *La condition des étrangers en droit international et les droits de l'homme*, mélange W. J. Ganshof Van der Meersch, Bruxelles, 1972, Tomo I, p. 499.

¹⁴⁸ V. Relatore speciale sui diritti umani dei non-cittadini, D. Weissbrodt, *Final Report on the rights of non-citizens*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/23, para. 6. La Dichiarazione sui non-cittadini del 1985 nel preambolo afferma, inoltre, che "la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali sanciti negli strumenti internazionali dovrebbe essere assicurata anche a coloro che non hanno la cittadinanza del Paese in cui vivono" (*VI considerando*). Vi sono ambiti in cui lo Stato conserva una maggiore autonomia nel decidere se estendere la portata di alcuni diritti anche ai non-cittadini. Ciò accade specie con riferimento a specifici settori della vita pubblica che si imperniano sul rapporto che lega un cittadino al proprio Stato di appartenenza. Ad esempio, la DU prevede limitatamente per i cittadini il diritto di ritornare nel proprio Paese (art. 13.2), il diritto di partecipare al governo del proprio paese e il diritto di accedere ai pubblici impieghi del proprio Paese (art. 21), il diritto alla sicurezza sociale di ogni individuo in quanto membro della società (art. 22). Quest'ultima precisazione lascia fuori quegli stranieri che, per il carattere occasionale della loro presenza in uno Stato, non possono qualificarsi membri della società cui quello Stato inerisce. Il PIDCP specifica

osservato¹⁴⁹, infatti, che il diritto internazionale dei diritti umani contempla alcuni diritti che costituiscono il *minimum basic* che deve essere garantito ad ogni essere umano¹⁵⁰ indipendentemente dal fatto se esso si trovi o meno nel Paese di nazionalità¹⁵¹ e se goda o meno di un particolare *status* giuridico¹⁵², nonché dalla

testualmente che i diritti più strettamente politici (partecipazione agli affari pubblici, votare e essere eletto, accedere ai pubblici impieghi) hanno per titolari i soli cittadini (art. 25).

¹⁴⁹ Cfr. L. PINESCHI, *La tutela dei diritti umani nella Carta delle Nazioni Unite: quadro normativo e prassi dell'Organizzazione*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, cit., pp. 20-21; D. COLE, *The idea of humanity: human rights and immigrants' rights*, in *Human rights at the center*, Genève, 2006, p. 275 ss.; S. MARTIN, *The legal and normative framework of international migration*, settembre 2005, consultabile sul sito www.gcim.org; R. PERRUCHOUD, S. VOHRA, *Identifying core rights of concern to migrants*, Paper Regional Consultation group on migration "Seminar on Human Rights and Migrants", Washington D.C., 23-24/04/1998; R. PERRUCHOUD, *Legal standards for the protection of migrant workers*, paper presentato al *Symposium on International Migration in the Americas*, San José, Costa Rica, 4-6 September 2000.

¹⁵⁰ Dal momento che vengono riconosciuti all'individuo in quanto tale, indipendentemente da qualsiasi sua caratteristica (quale la razza, il colore della pelle, la lingua, la religione o la cittadinanza) o dalla maggiore o minore disponibilità di risorse, dal livello di sviluppo politico, sociale o economico presenti nella società, essi assumono la connotazione di diritti universali. L'universalità per alcuni autori costituisce l'essenza stessa dei diritti umani (come diritti fondamentali). M. CRANSTON, *Human Rights real and supposed*, in D. RAPHAEL (ed.), *Political theory and the Rights of Man*, 1967, p. 43, sostiene che i diritti umani come "diritti morali internazionali" debbano essere universali, fondamentali e "praticable", nella misura in cui nessuno può esserne privato "without a grave affront to justice". R. WASSERSTROM, *Rights, Human Rights and Racial Discrimination*, in *JP*, n. 61, 1964, p. 628, identifica quattro caratteristiche dei diritti umani. Si tratta di "diritti universali (cioè appartengono ad ogni essere umano), sono posseduti equamente; da persona a persona (indipendentemente dal ruolo sociale); sono, infine, diritti che si possono rivendicare contro il mondo intero". M. L. STACKHOUSE, *Creeds, Society and Human Rights: A Study in Three Cultures Grand Rapids*, W. B. Eerdmans Publishing, 1984, p. 1 afferma che la nozione di diritti umani si fonda sulla "implicit assertion that certain principles are true and valid for all peoples, in all societies, under all conditions of economic, political, ethnic and cultural life". Sulla questione dell'universalità dei diritti umani, cfr. A. CASSESE, *Human rights in a changing world*, Cambridge, 1990; E. BREMS, *Human Rights: Universality and Diversity*, Boston, 2001; A. PELLET, *Droit-de-l'Homminisme et droit international*, in *Dr. Fond.*, 2001, p. 169 ss.; N. VALTICOS, *Unité et diversité des droits de l'homme. Complementarité ou conflit?*, in *Scritti in onore di G. Gerin*, Padova, 1996, p. 451.

¹⁵¹ Come ricordato dalla Corte interamericana per i diritti umani nel già citato parere OC- 18/03, il Gruppo di lavoro intergovernativo di esperti sui diritti umani dei migranti aveva chiaramente affermato che "[a]ll persons, regardless of their place of residence, have a right to the full enjoyment of all the rights established in the Universal Declaration of Human Rights. States must respect the fundamental human rights of migrants, irrespective of their legal status". Esso ha, inoltre, precisato che "[a] basic principle of human rights is the fact of entering a foreign country, violating the immigration laws of that country, does not lead to losing the human rights of an 'immigrant with an irregular status'. Nor does it eliminate the obligation of a Member State to protect them". Con riferimento ai diritti economici, sociali e culturali, il Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale (CEDR) raccomanda agli Stati contraenti di "remove obstacles that prevent the enjoyment of economic, social and cultural rights by non-citizens, notably in the areas of education, housing, employment and health", General Recommendation n. 30 *Discrimination against non citizens*, 01/10/2004, paras. 29-39.

¹⁵² Il legame tra il diritto internazionale delle migrazioni e il diritto dei diritti umani è stato ribadito anche dall'Organizzazione internazionale per la migrazione, la quale osserva che "migration law is largely rooted in human rights law. The instruments relating to human rights, and those which

durata della sua permanenza sul territorio straniero¹⁵³. Il lavoratore migrante è, infatti, prima di tutto un individuo e, in quanto tale, titolare di una serie di diritti primari, *inviolabili, inalienabili, irrinunciabili e indivisibili*¹⁵⁴, che costituiscono l'essenza stessa della persona umana¹⁵⁵ e dunque il presupposto indispensabile per la sua realizzazione¹⁵⁶.

specify rights and standards of treatment for migrant workers, refugees, and immigrants are significant in defining migration law”, cfr. *Overview of International Migration* (IOM), 1995, Geneva, p. 44. In tema, v. N. BLAKE, R. HUSAIN, *Immigration, Asylum and Human Rights*, Oxford, 2003; G. CAGGIANO, *Migrazioni e diritto internazionale*, in AA.VV., *Migrazioni. Scenari per il XXI secolo*, vol. I, Roma, 2000.

¹⁵³ Il diritto internazionale, dunque, riconosce la titolarità di tali diritti in capo a ciascun individuo e non consente ad alcuno Stato di condizionarne il rispetto né allo *status* giuridico della persona né ad alcuna altra condizione contingente. A questo riguardo, la citata Corte inter-americana afferma che “... general obligation to respect and ensure the exercise of rights has an *erga omnes* character. The obligation is imposed on States to benefit the persons under their respective jurisdictions, irrespective of the migratory status of the protected persons” e che “... the safeguard of these rights for migrants has great importance based on the principle of the inalienable nature of such rights, which all workers possess, irrespective of their migratory status, and also the fundamental principle of human dignity embodied in Article 1 of the Universal Declaration, according to which “[a]ll human beings are born free and equal in dignity and rights ...”. Parere OC-18/03, cit., rispettivamente paras. 109 e 157.

¹⁵⁴ A riguardo si ricordi quanto affermato nella citata Dichiarazione di Vienna sui diritti umani (1993): “tutti i diritti umani sono universali, indivisibili, interdipendenti ed intimamente connessi tra loro; la Comunità internazionale deve trattare i diritti dell'uomo globalmente, in modo eguale ed equilibrato accordando ad essi un identico valore (...) è un preciso dovere degli Stati, qualunque sia il loro sistema politico, economico e culturale, promuovere e proteggere tutti i diritti umani e tutte le libertà fondamentali”. Doc. A/CONF.157/24, par. 5. Vale la pena ricordare brevemente la tradizionale tripartizione dei diritti dell'uomo in “generazioni” proposta da K. Vasak. L'A. distingueva i diritti di “prima generazione” (c.d. *droits-attributs*), ossia i diritti civili e politici definiti in termini di “non interferenza” dello Stato nella sfera individuale, da quelli di “seconda generazione” (c.d. *droits de créance*), ossia i diritti economici e sociali la cui realizzazione è condizionata alla disponibilità di risorse da parte dello Stato. Infine, esisterebbe, secondo l'A. una “terza generazione” di diritti di natura collettiva realizzabili solo attraverso lo sforzo congiunto di più attori sociali (es. il diritto allo sviluppo). K. VASAK, *Pour une troisième génération des droits de l'homme*, in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Dordrecht, 1984, p. 837 ss. Ulteriori considerazioni a riguardo sono state espresse da M. BOSSUYT, *La Distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels*, *Hum. Rts. L. J.*, 1975, 8, p. 783. L'A., osservando che i diritti civili richiedono l'*abstention de l'Etat* e i diritti economici e sociali l'*intervention de l'Etat*, conclude che, mentre i primi sono invariabili ed assoluti, i secondi dipendono dalle risorse dello Stato e, dunque, da considerazioni relative e contingenti. Egli prosegue mettendo in evidenza che mentre i diritti civili e politici possono essere applicati in maniera immediata, totale ed universale, quelli socio-economici vengono attuati progressivamente e nei confronti di porzioni determinate della popolazione. La distinzione tra diritti civili e politici da un lato, e diritti economici, sociali e culturali dall'altro richiama quella tra diritti individuali e collettivi. Cfr. P. M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, 2004, p. 204 ss. e P. DE SENA, voce *Diritti dell'uomo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, cit., p. 1868.

¹⁵⁵ In argomento, J. A. FROWEIN, *Human Dignity in International Law*, in D. KRETZMER, E. KLEIN, *The concept of human dignity in human rights discourse*, The Hague, 2002, pp. 121-132. P. SIEGHART, *The International Law of Human Rights*, Oxford, 1983, p. 75 precisa che “the primary characteristic which distinguishes “human” rights from other rights is their universality: according to the classic theory, they are said to “inhere” in every human being by virtue of his humanity alone. It must necessarily follow that no particular feature or characteristic attaching to any individual, and

Tali diritti sono stati universalmente riconosciuti nella Dichiarazione universale (DU)¹⁵⁷, nei Patti sui diritti civili e politici (PIDCP) e sui diritti economici, sociali e

which distinguishes him from others, can affect his entitlement to his human rights, whether in degree or in kind, except where the instruments specifically provide for this for a clear and cogent reason”.

¹⁵⁶ Che la dignità umana rappresenti la vera essenza dell'inviolabilità dei diritti è stato ribadito più volte nella Carta delle Nazioni Unite (adottata a San Francisco il 26 giugno 1945 ed è entrata in vigore il 24 ottobre 1945. Pubblicata in *UNTS*, vol. LIX, p. 311), in base alla quale gli Stati firmatari si propongono di “riaffermare la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana ...” e si impegnano a “...promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione di razza, di sesso, di lingua o di religione” (art. 1.3). Un concetto analogo viene espresso nello Statuto agli artt. 55 e 56, in cui si legge che i membri si impegnano a “promuovere il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione” e “... ad agire singolarmente o collettivamente in cooperazione con l'organizzazione” per la realizzazione di questo fine. Nella stessa direzione, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (DU), afferma che “gli Stati membri si sono impegnati a perseguire in cooperazione con le Nazioni Unite il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali” e che “una concezione comune di questi diritti e di queste libertà è della massima importanza per la piena realizzazione di tali impegni” (preambolo). Inoltre, essa afferma la necessità di uno standard comune di realizzazione per tutti i popoli e tutte le nazioni tale da assicurare i diritti e le libertà politiche, sociali, economiche e culturali fondamentali a tutti gli esseri umani “liberi ed eguali in dignità e diritti” (art.1). Nel Preambolo del Patto internazionale sui diritti civili e politici e del Patto sui diritti economici, sociali e culturali si legge che gli Stati parte considerano che “...il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti uguali ed inalienabili costituisce il fondamento della libertà ...” (*considerando* n. 1). V. anche nella stessa direzione i preamboli della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale e della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti inumani o degradanti.

¹⁵⁷ La Dichiarazione (G. A. Res. 217A, U.N. Gaor, 3rd sess., U.N. Doc. A/810, 1949) costituisce una tipica dichiarazione di principi successivamente integrati in strumenti di carattere obbligatorio a testimonianza di una prassi internazionale che depone nel senso della natura consuetudinaria di alcune delle sue disposizioni. Ciò ha indotto taluni autori a ritenere che tale documento abbia non solo un carattere promozionale ma anche una finalità tendente alla protezione dei diritti umani, cfr. L. CONDORELLI, *L'azione delle Nazioni Unite per l'attuazione della Dichiarazione universale*, in *Il sistema universale dei diritti umani all'alba del XXI secolo - Atti del Convegno nazionale per la celebrazione del 50° anniversario della Dichiarazione universale dei diritti umani*, Roma, p. 199, p. 26 ss. Sulla Dichiarazione in generale, ci limitiamo a segnalare L. PINESCHI, in *La Dichiarazione universale dei diritti umani*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, cit., p. 67 ss.; A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, cit., p. 35 ss.; G. CONSO, *Cinquant'anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti umani*, in *Il sistema universale dei diritti umani all'alba del XXI secolo*, pubblicazione della Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale, Roma, 1999; F. POCAR, *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo cinquant'anni dopo*, in *Il corriere giuridico*, 1999, p. 137; U. VILLANI, *Attuazione e sviluppi della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Ragione pratica*, 1998; F. POCAR, *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Fonte di un nuovo diritto internazionale*, in AA.VV. *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione universale*, Padova, 1991, p. 31 ss.; E. VITTA, *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in VITTA E., GREMENTIERI V. (a cura di), *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, 1981, p. 19 ss.; G. ARANGIO RUIZ, *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *CI*, 1965, p. 3 ss. È stato osservato che le dichiarazioni di principi (ed in particolare la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo) vengono in rilievo per quanto riguarda la formazione del diritto internazionale consuetudinario, in quanto rappresentano la prassi degli Stati, ossia la somma degli atteggiamenti degli Stati che le adottano, cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 55. La Dichiarazione universale, adottata con risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU, rientra in quella categoria di atti appartenenti al c.d. “diritto morbido” (*soft law*), ossia atti giuridicamente non vincolanti che

culturali (PIDESC)¹⁵⁸, nonché in altri strumenti normativi successivi adottati sia a livello globale che regionale. Si tratterebbe, tuttavia, di garantire il c.d. *standard minimo internazionale di trattamento* fondato, cioè, sull'idea che lo Stato che accetta l'ingresso di uno straniero nel proprio territorio dovrebbe garantire a tale soggetto quel minimo di diritti e garanzie normalmente riconosciuti agli individui negli ordinamenti degli Stati civili, non già semplicemente un trattamento eguale a quello riservato ad un proprio cittadino (c.d. *trattamento nazionale*)¹⁵⁹. Quale che sia la scelta prevalente, certo è che gli stranieri non possono ricevere un trattamento che sia meno favorevole di quello riservato ai cittadini.

Alla luce di simili considerazioni, ci è sembrato opportuno, prima di procedere con l'analisi dei principali strumenti internazionali specificamente rivolti alla categoria dei migranti, prendere in esame alcune disposizioni, contenute nei tradizionali strumenti internazionali (globali e regionali) sui diritti umani, volte a

possono contribuire alla formazione e al consolidamento del diritto internazionale esistente o costituire un utile parametro di interpretazione delle norme vigenti, cfr. D. THÜRER, *Soft law*, in *EPIL*, 2000, p. 458. Sul "soft law" v. pure, L. DE BERNARDIN, *Soft law*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. VI, cit., pp. 5605-5609; R. LUZZATTO, *Il diritto internazionale generale e le sue fonti*, in S. BARIATTI, S. M. CARBONE, A. SANTA MARIA, R. LUZZATTO (a cura di), *Istituzioni di Diritto Internazionale*, cit., pp. 78-79 che definisce *soft law* quella molteplicità di atti e di manifestazioni della prassi che hanno in comune un elemento di carattere negativo che consiste nell'assenza di effetti giuridici vincolanti; P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit International Public*, Paris, 2002, p. 389.; E. RIEDEL, *Standards and Sources. Farewell to the exclusivity of the Sources triad in international Law?*, in *EJIL*, 2/1991, pp. 58-84; F. FRANCIONI, *International "soft law": a contemporary assessment*, in V. LOWE, M. FITZMAURICE (eds.), *Fifty years of International Court of Justice*, Cambridge, 1996, p. 167 ss.

¹⁵⁸ In dottrina, vedi L. PINESCHI, *Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, cit., p. 78 ss.; ID., *Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali*, ivi, p. 129 ss.; A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, cit., p. 41 ss.; P. BENVENUTI, P. GARGIULO, F. LATTANZI (a cura di), *Nazioni Unite e Diritti dell'uomo a trent'anni dall'adozione dei Patti*. Atti del convegno, Teramo 22-23 marzo 1996, Università degli Studi di Teramo, 1996; M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl, 1994, pp. XXVIII-936; U. VILLANI, *I Patti internazionali sui diritti dell'uomo a venticinque anni dalla loro adozione*, in *CI*, 1992, p. 139 ss.; G. GAJA, *I Patti internazionali sui diritti economici, sociali e culturali*, in VITTA E., GREMENTIERI V. (a cura di), *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, cit., p. 47 ss.

¹⁵⁹ In argomento, cfr. B. NASCIMBENE, C. FAVILLI, voce *Straniero (Tutela internazionale)*, cit., p. 5799; J. COMBACAU, S. SUR, *Droit International Public*, Montchrestien, 2001, p. 376; P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit International Public*, cit., p. 673; L. CONDORELLI, *Cours de Droit International Public*, cit., p. 109; F. CAPOTORTI, *Incidenza della condizione di straniero sui diritti dell'uomo internazionalmente protetti*, in Studi in onore di G. Sperduti, Milano, 1984, p. 460 ss.; B. NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, cit., p. 69 ss.; C. A. KISS, *Condition des étrangers en droit international et droits de l'homme*, in *Mél G. Van der Meersch*, Bruxelles, 1972, vol. III, p. 665 ss.

garantire protezione a tutti coloro che attraversano i confini internazionali nell'intento di stabilirsi in un Paese diverso da quello di appartenenza¹⁶⁰.

I-2.1 Il principio di non-discriminazione nei principali strumenti internazionali sui diritti umani

Promuovere il rispetto e la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali indipendentemente dalla durata della presenza dello straniero in uno Stato diverso da quello di appartenenza, o dalla regolarità del proprio *status* giuridico, significa sostanzialmente prevenire e sanzionare eventuali trattamenti discriminatori a danno di cittadini stranieri. Il principio di non-discriminazione¹⁶¹ si pone, così, a fondamento di quel complesso di norme a tutela della persona umana riconosciute come appartenenti al diritto internazionale generale¹⁶². Tale principio ha

¹⁶⁰ L'incidenza che le norme internazionali diritti umani hanno sul fenomeno migratorio è stato evidenziato da N. ROGERS, *Immigration and the European Convention on Human Rights*, in *EHRLR*, 2003.

¹⁶¹ Salvo quanto si dirà in seguito sul principio di non discriminazione sancito nei principali strumenti internazionali e regionali sui diritti umani, con il termine "discriminazione" si intende "qualunque distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica, l'origine nazionale o etnica, la proprietà, la nascita o altro status che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali". Sul termine "discriminazione" e sul principio ad esso riconducibile, v. J. SALMON, *Dictionnaire*, cit., pp. 344-345. Il concetto di "discriminazione" deve essere ben distinto da quello di "eguaglianza". Quest'ultimo si riferisce alla necessità di garantire ad ogni individuo un trattamento eguale di fronte alla legge o in termini di opportunità, mentre si parla di "discriminazione" sia nei casi in cui situazioni simili vengono trattate in modo differente sia quando situazioni dissimili vengono trattate in maniera eguale. Cfr. R.K.M. SMITH, *Textbook on International Human Rights*, Oxford, 2003, p. 185. Tuttavia, non bisogna trascurare il fatto che "...whenever discrimination is referred to in the context of international law, there is an implicit assumption of its relation to a norm, or sets of norms, prescribing equality of treatment...", cfr. K. HYDER, *Equality of Treatment and Trade Discrimination in International Law*, The Hague, 1968, p. 14.

¹⁶² Una questione piuttosto dibattuta attiene alla precisa individuazione di norme internazionali consuetudinarie in materia di diritti umani. La difficoltà di pervenire ad un consenso unanime in tale direzione è essenzialmente legata all'accertamento della prassi e dell'*opinio juris* in materia. Sulla nozione di "consuetudine internazionale", cfr. A. CASSESE, *Diritto internazionale*, cit., p. 215 ss.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 31 ss.; T. TREVES, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, cit., p. 222 ss.; G. ARANGIO-RUIZ, voce *Consuetudine internazionale*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, 1988; L. CONDORELLI, voce *Consuetudine internazionale*, in *DDP*, vol. III, 1989, p. 490 ss. Alcuni autori hanno ritenuto, a fronte dell'esistenza di una serie di elementi che denotano una prassi orientata al rispetto delle norme in questione, di non poter minimizzare il significato di una pratica negativa altrettanto diffusa che si manifesta attraverso ripetute violazioni dei diritti umani, cfr. O. SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, pp. 333-342. Altri si sono soffermati sulla eccessiva rilevanza che viene attribuita all'elemento della prassi nel procedimento di formazione di una norma internazionale generale, cfr. G. PALMISANO, *Il problema del diritto internazionale generale e la sopravvalutazione della prassi statale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, p. XIII ss. Riguardo al consolidamento di una prassi volta ad affermare o meno l'esistenza di norme consuetudinarie, occorre richiamare quel passo della citata sentenza *Nicaragua*, in cui la CIG ha affermato: "perché una norma sia consolidata come consuetudine, la

assunto il rango di norma cogente¹⁶³, ossia, richiamando la definizione contenuta nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati¹⁶⁴, di “una norma accettata e riconosciuta dalla comunità degli Stati nel suo complesso¹⁶⁵ cui non è consentita

condotta degli Stati deve essere conforme *in generale*”. Pertanto, eventuali comportamenti non conformi alla norma in questione devono essere considerati non già come una manifestazione del riconoscimento di una nuova regola bensì come una conferma della regola stessa (*Reports*, 1986, para. 98). A fronte della difficoltà di accertare con sicurezza l'esistenza di una prassi uniforme, si è tentato di verificare l'esistenza di obblighi generali nel campo dei diritti umani ricorrendo ai c.d. “principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili”. In dottrina, v. in generale A. CASSESE, *Diritto internazionale*, cit., p. 271; B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, cit., p. 39 ss.; T. TREVES, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, cit., p. 248 ss.; F. SALERNO, *Principi generali di diritto (diritto internazionale)*, in *DDP*, vol. XI, 1996, p. 524 ss.; B. SIMMA, P. ALSTON, *The sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles*, cit., p. 23 ss.; G. STROZZI, *I “Principi” dell'ordinamento internazionale*, in *CI*, 1992, p. 162 ss.; G. GAJA, voce *Principi del diritto (diritto internazionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, 1986, p. 533. Anche volendo considerare la tesi, di alcuni autori, secondo la quale i principi generali di diritto trarrebbero la loro forza giuridica non già dalla pratica bensì dalla loro uniforme accettazione da parte della generalità degli Stati (Cfr. B. SIMMA, P. ALSTON, *The sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles*, cit., p. 23), ci sembra che sia stato tralasciato un aspetto fondamentale, ossia la necessità di coniugare riconoscimento e concreta applicazione dei principi in questione da parte della maggioranza degli Stati.

¹⁶³ Da tempo si è consolidata l'idea che talune norme sul rispetto e la protezione dei diritti fondamentali, in quanto valori essenziali della Comunità internazionale, siano gerarchicamente superiori alle altre fonti di diritto internazionale. In altre parole, alcuni diritti umani rientrerebbero in quella particolare categoria di norme consuetudinarie imperative ed inderogabili dell'ordinamento, nota come *jus cogens*. La bibliografia sulla nozione di *jus cogens* è amplissima, pertanto ci limitiamo a segnalare: A. CASSESE, *Diritto internazionale*, cit., p. 197 ss.; R. LUZZATTO, *Il diritto internazionale generale e le sue fonti*, cit., p. 73 ss.; W. CZAPLIŃSKI, *Jus Cogens and the Law of Treaties*, in C. TOMUSCHAT, J. M. THOUVENIN (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Boston, 2006, p. 83 ss.; D. SHELTON, *Are there differentiations among human rights? Jus Cogens, core human rights, obligations erga omnes and non-derogability*, in *The status of international treaties on human rights*, Collection Science and technique of democracy, n. 42, Venice Commission, Council of Europe, 2006, p. 160 ss.; T. TREVES, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, cit., p. 414 ss.; M. IOVANE, *Peremptory norms in the field of human rights and general principles of law recognised by civilised nations*, in A. GENTILI, *L'ordine internazionale in un mondo a più civiltà*, Milano, 2004, p. 157 ss.; P. M. DUPUY, *L'Unité de l'ordre juridique international*, Leiden/Boston, 2003, p. 269 ss.; P. SANDS, *Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law*, in *Yale Hum. R. & Dev. L. J.*, vol. 1, 1998, pp. 85-106; T. MERON, *On a hierarchy of international human rights*, in P. ALSTON (ed.), *Human Rights Law*, cit., p. 89 ss.

¹⁶⁴ Adottata a Vienna il 23 maggio 1969 ed entrata in vigore il 27 gennaio del 1980 (in *UNTS*, vol. 1155, p. 331).

¹⁶⁵ Sull'individuazione delle norme di *jus cogens*, cfr. A. CASSESE, *Diritto internazionale*, cit., p. 204 ss.; A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, cit., p. 36 ss.; S. KADELBACH, *Jus cogens, Obligations Erga Omnes and other rules - The identification of fundamental Norms*, in C. TOMUSCHAT, J. M. THOUVENIN (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, cit., p. 21 ss.; P. TAVERNIER, *L'identification des règles fondamentales – un problème résolu?*, *ivi*, p. 1 ss.; in K. ZEMANEK, *How to Identify Peremptory Norms of International Law*, in P. M. DUPUY, B. FASSBENDER, M. N. SHAW, K. P. SOMMERMANN (eds.), *Common Values in International Law*, cit., p. 1103 ss.; J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge, 2003, p. 98. Come osservato da autorevole dottrina, il contenuto delle norme cogenti è riconducibile all'obbligo previsto dall'art. 103 della Carta ONU, secondo cui “in caso di contrasto tra gli obblighi contratti dai membri delle Nazioni Unite con il presente Statuto e gli obblighi da essi assunti in base a

alcuna deroga e che può essere modificata solo da una norma successiva di diritto internazionale generale della stessa natura”¹⁶⁶. È stato rilevato¹⁶⁷ che dal carattere

qualsiasi altro accordo internazionale prevarranno gli obblighi derivanti dal presente Statuto”. Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 166 ss. Come osservato dal Gruppo di Studio della Commissione di Diritto Internazionale nel rapporto *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law* presentato in occasione della 58° sessione dell’Assemblea Generale delle NU, un eventuale conflitto tra gli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite (ad es. quelli previsti dall’art. 103) e lo *jus cogens* non potrà risolversi con la prevalenza dei primi rispetto al secondo poiché la Carta resta sempre un trattato internazionale, e dunque, è incapace di derogare alle norme imperative di diritto internazionale. Doc. A/CN.4/L.682 del 13 aprile 2006, p. 176 ss. 255 ss. In assenza di una precisa catalogazione di norme cogenti, sembra utile rinviare alla prassi internazionale di alcuni organi di controllo volta all’individuazione della natura imperativa di talune disposizioni in materia di diritti umani. In particolare, la *Commissione d’arbitrato della Conferenza europea per la pace in Jugoslavia* (detta “Commissione Badinter”) qualifica, nel suo rapporto del 1991, come norme imperative di diritto internazionale generale “le respect des droit fondamentaux de la persone humaine et des droits des peuples et des minorités”; la *Commissione inter-americana dei diritti dell’uomo* attribuisce valore cogente al diritto alla vita (16.10.1996 *Victims of the Tugboat “13 de Marzo” vs. Cuba*, Report 47/96, case 11.436, para. 79); il *Comitato dei diritti dell’uomo* erige alcune norme consuetudinarie sui diritti umani a norme imperative, in particolare quelle che vietano il genocidio, la schiavitù, la tortura e la privazione arbitraria della vita (*General Comment*, n. 24, para. 8). Nel commento al *Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato* adottato in prima lettura nel 2001, la Commissione di Diritto Internazionale fornisce alcuni esempi di norme cogenti, tra cui il divieto di aggressione, di schiavitù e di tratta di schiavi, di genocidio, di discriminazione razziale, di apartheid e di tortura. Report of the ILC on the work of its 53rd session (2001), *Official Records of the General Assembly*, 55th session, Supplement No. 10 (A/56/10), chapter IV, p. 283. Sul piano prettamente giurisprudenziale il riferimento alle norme in questione appare piuttosto esplicito. Nella recente sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sul caso *Al-Adsani c. Regno Unito* ha avuto modo di precisare la natura cogente del divieto di tortura se pur in relazione alla nozione di immunità dello Stato estero (21 novembre 2002). Inoltre, per quanto riguarda l’ordinamento italiano, si ricordi la decisione delle SS.UU. civili della Cassazione n. 5044 del 2004 (caso *Ferrini c. Repubblica federale di Germania*), con la quale è stata negata l’immunità dalla giurisdizione di uno stato straniero per atti *jure imperii* di fronte a gravi violazioni di *jus cogens* (nella specie in materia di tutela dei diritti fondamentali di un ex deportato). In dottrina, cfr. A. GIANNELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *RID*, 2004, p. 643; A. CIAMPI, *Crimini internazionali e giurisdizione*, in *CP*, 2004, p. 2656 ss.; P. DE SENA, F. DE VITTOR, *Immunità degli stati dalla giurisdizione e violazione dei diritti dell’uomo: la sentenza della Cassazione italiana nel caso Ferrini*, in *GI*, 2005, p. 255 ss. Lo stesso non può dirsi in riferimento alla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, la quale ha sicuramente contribuito allo sviluppo progressivo dei diritti dell’uomo e al loro riconoscimento in quanto regole di diritto internazionale generale, pur mostrandosi cauta nel pronunciarsi su quella particolare categoria rappresentata dallo *jus cogens*.

¹⁶⁶ L’art. 53 della Convenzione di Vienna dispone che “è nullo qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, è in conflitto con una norma imperativa di diritto internazionale”. Tale disposizione è integrata dall’art. 64 secondo cui: “nel caso in cui emerga una nuova norma imperativa di diritto internazionale generale, ogni trattato esistente che è in contrasto con tale norma, diviene nullo e si estingue”. Inoltre, laddove dovesse insorgere una controversia internazionale sull’applicazione o sulla determinazione del contenuto di una norma di *jus cogens*, la Convenzione di Vienna prevede che ciascuna delle parti possa ricorrere unilateralmente alla Corte Internazionale di Giustizia (art. 66 lett. a). Sul rango assunto dalle norme in questione nella gerarchia delle fonti, v. A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006, p. 113 ss. il quale ha tentato di individuare tra le fonti di diritto internazionale quelle cui le norme di *jus cogens* potrebbero meglio conformarsi, giungendo alla conclusione che il diritto cogente sarebbe maggiormente compatibile con i processi di formazione delle consuetudini e dei principi generali dal momento che richiedono il consolidamento di una prassi generalmente accettata e riconosciuta. Sul piano della

imperativo del divieto di discriminazione discenderebbero obblighi *erga omnes*¹⁶⁸,

prassi giurisprudenziale, il Tribunale penale per l'ex-Jugoslavia nel noto caso *Furundžija* riconduce la norma che vieta la tortura allo *jus cogens*, ossia “a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even “ordinary” customary rules”. La principale conseguenza che deriva dal rango assunto dallo *jus cogens* è che “cannot be derogate from by States through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force” (sentenza del 10 dicembre 1998, Case n. IT-95-17/1, *Prosecutor c. Anto Furundžija*, para. 153).

¹⁶⁷ A riguardo la Corte inter-americana afferma che “the principle of (...) non-discrimination permeate(s) every act of the powers of the State, in all their manifestations, related to respecting and ensuring human rights. Indeed, this principle may be considered peremptory under general international law, inasmuch as it applies to all States, whether or not they are party to a specific international treaty, and gives rise to effects with regard to third parties, including individuals” (para. 100). Dal carattere imperativo delle norme che sanciscono il principio di non-discriminazione - afferma la Corte - discenderebbero “... obligations *erga omnes* of protection that bind all States and give rise to effects with regard to third parties, including individuals” (para. 110). Il giudice Cançado Trindade, nella sua opinione concorrente, precisa che “the State is bound by the *corpus juris* of the international protection of human rights, which protects every human person *erga omnes*, independently of her statute of citizenship, or of migration, or any other condition or circumstance...The State cannot prevail itself of the fact of not being a Party to a given treaty of human rights to evade the obligation to respect the fundamental principle of equality and non-discrimination, for being this latter a principle of general international law, and of *jus cogens*, which thus transcends the domain of the law of treaties” (Opinione concorrente del giudice Cançado Trindade in merito al parere consultivo della Corte inter-americana per i diritti dell'uomo, *Statut juridique des travailleurs migrants sans papiers*, OC-18/2003, cit., para. 85).

¹⁶⁸ In dottrina sulla nozione e sul contenuto degli obblighi *erga omnes*, cfr. A. CASSESE, *Diritto internazionale*, cit., p. 23 ss.; R. LUZZATTO, *Il diritto internazionale generale e le sue fonti*, cit., p. 25 ss.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 351; P. PICONE, *Obblighi erga omnes e codificazione della responsabilità degli Stati*, in *RDI*, 4/2005, p. 893 ss.; C. J. TAMS, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge, 2005; T. TREVES, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, cit., p. 562 ss.; M. IOVANE, *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, Napoli, 2000; O. L. PEGNA, *Counter-claims and Obligations Erga Omnes before the International Court of Justice*, in *EJIL*, 9, 1998, pp. 731 ss.; B. SIMMA, *International Human Rights and General International Law: A comparative analysis*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. IV, 2, 1995, p. 195 ss.; F. LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milano, 1983, p. 127 ss. Con riferimento agli obblighi *erga omnes* derivanti da norme che tutelano i diritti fondamentali, v. B. NASCIMBENE, *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, cit., pp. 382-383. Sugli obblighi *erga omnes* derivanti dalle norme che proibiscono la schiavitù e la discriminazione razziale, v. M. RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, 2000, p. 105 ss. Per quanto riguarda la prassi giurisprudenziale in materia, va osservato che la CIG ha fatto riferimento per la prima volta alla natura degli obblighi internazionali sul rispetto dei diritti umani fondamentali, qualificandoli come *erga omnes* in un noto passo della citata sentenza *Barcelona Traction* “... the obligations of a State towards the international community as a whole...are the concern of all States” e possono derivare da “...the principles and rules concerning the basic rights of the human person”; pertanto “all States can be held to a legal interest in their protection”, in questo senso “they are obligations *erga omnes*” (paras. 33-34). Inoltre, con riferimento alla norma consuetudinaria che sancisce il diritto di autodeterminazione, la Corte nel caso *East Timor* afferma che il diritto di autodeterminazione dei popoli è uno dei principi essenziali del diritto internazionale contemporaneo, attribuendo natura *erga omnes* agli obblighi discendenti dallo stesso (*Reports* 1995, p. 102, para. 29). Sul piano della giurisprudenza consultiva internazionale, la CIG ha avuto modo di precisare nel parere relativo alle *Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati*, che gli obblighi *erga omnes* violati dallo Stato di Israele consistono nel non aver rispettato il diritto di autodeterminazione da parte del popolo palestinese e alcune norme sui diritti umani e di diritto internazionale umanitario” (9-07-2004, *Legal Consequences of the Construction of*

ossia obblighi che tutelano valori fondamentali per la Comunità internazionale nel suo insieme¹⁶⁹ e che incombono su ogni membro della società internazionale nei confronti di tutti gli altri membri (da qui la loro natura *solidale*)¹⁷⁰ o, nel caso in cui

a Wall in the Occupied Palestinian Territory, paras. 122-125); con riferimento al diritto internazionale umanitario, essa rinvia al parere consultivo sulla *Liceità della minaccia o dell'uso di armi nucleari*, in cui stabilisce che “a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and ‘elementary considerations of humanity’...”, that they are “to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intrasgressible principles of international customary law” da cui obblighi *erga omnes* (Reports 1996 (I), p. 257, para. 79). Per quanto riguarda il sistema di controllo regionale, merita di essere menzionata l’opinione concorrente del giudice Cançado Trindade al citato parere della Corte inter-americana per i diritti dell’uomo *Statut juridique des travailleurs migrants sans papiers* con riferimento agli obblighi (*erga omnes*) derivanti da norme cogenti in materia di diritti umani. In particolare, il giudice suggerisce di considerare “...such obligations *erga omnes* from two dimensions, one horizontal and the other vertical, which complement each other”. Nel primo caso, si tratta di “...obligations pertaining to the protection of the human beings due to the international community as a whole”. Nell’ambito del diritto convenzionale “...they bind all the States Parties to human rights treaties (obligations *erga omnes partes*)...”, mentre, con riferimento al diritto internazionale generale “...they bind all the States which compose the organized international community, whether or not they are Parties to those treaties (obligations *erga omnes lato sensu*)”. Nella loro dimensione verticale, gli obblighi di protezione *erga omnes* “...bind both the organs and agents of (State) public power, and the individuals themselves (in the inter-individual relations)” (OC-18/03, cit., para. 77). In una risoluzione adottata nel 1989, l’*Institut de droit international*, ha evidenziato che l’obbligo di garantire il rispetto dei diritti umani fondamentali, che costituiscono “diretta espressione della dignità della persona”, ha carattere *solidale* (o *erga omnes*), (Annuaire de l’*Institut de droit international*, vol. 63 (II), 1990, pp. 338-340). Di recente, in occasione della sessione di Cracovia (20-28 agosto 2005), l’*Institut* ha adottato una risoluzione *Obligations and Rights Erga Omnes in International Law* in cui ha avuto modo di precisare che un obbligo *erga omnes* è “a) an obligation under general international law that a State owes in any given case to the international community, in view of its common values and its concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all States to take action; b) an obligation under a multilateral treaty that a State party to the treaty owes in any given case to all the other States parties to the same treaty, in view of their common values and concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all these States to take action” (art. 1). Il testo della risoluzione è stato pubblicato in *RDI*, 4/2005, p. 1189 ss.

¹⁶⁹ A questo riguardo, giova menzionare la tesi formulata da alcuni autorevoli esponenti della dottrina secondo la quale la Comunità internazionale avrebbe subito una sorta di “trasformazione” a seguito del formarsi di quelle norme che pongono obblighi *erga omnes* e che, in quanto tali, sarebbero esigibili da tutti gli Stati agenti collettivamente in quanto gestori *uti universi* degli interessi della stessa Comunità. Cfr. P. PICONE, *Obblighi erga omnes e codificazione della responsabilità degli Stati*, cit., p. 893 ss.; ID., *La guerra contro l’Iraq e le degenerazioni dell’unilateralismo*, in *RDI*, 2/2003, p. 329 ss.; ID., *Interventi delle Nazioni Unite e obblighi erga omnes*, in P. PICONE (a cura di), *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, Padova, 1995, p. 517 ss.; ID., *Valori fondamentali della Comunità internazionale e Nazioni Unite*, in *CI*, 1995, p. 439 ss.; ID., *Le Nazioni Unite nel nuovo scenario internazionale. Nazioni Unite ed obblighi erga omnes*, in *CI*, 1993, pp. 709 ss.; ID., *Obblighi reciproci ed obblighi erga omnes degli Stati nel campo della protezione dell’ambiente marino*, in V. STARACE (a cura di), *Diritto internazionale e protezione dell’ambiente marino*, Milano, 1983, p. 40 ss.; ID., *Diritto internazionale dell’economia e costituzione economica dell’ordinamento internazionale*, in P. PICONE, G. SACERDOTI, *Diritto internazionale dell’economia*, Milano, 1982, p. 31 ss.

¹⁷⁰ Si tratta di norme poste a tutela di valori fondamentali per la Comunità internazionale che si sottraggono al tradizionale principio di reciprocità che regola gli interessi particolari dei singoli Stati. In altri termini tali norme, di natura non-sinallagmatica, si indirizzano ad una pluralità di soggetti operando ad un livello che non è bilaterale dal momento che l’interesse da tutelare è proprio della

discendano da trattati, nei confronti di tutte le altre parti contraenti (*erga omnes partes*)¹⁷¹. Una questione molto discussa, che tuttavia non sarà possibile

Comunità internazionale nel suo complesso. La natura “collettiva” di certi obblighi è stata ben evidenziata dalla CIG nel noto parere sulle *Reserve* alla Convenzione sul genocidio, in cui ha avuto modo di precisare che “in such a convention the contracting States do not have any interests of their own...”, bensì “a common interest”; pertanto, “in a convention of this type one cannot speak of individual advantage or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties”. *Reports*, 1951, para. 23. Nel Commento all’art. 42 del *Progetto sulla responsabilità internazionale*, la CDI definisce come “collettivi” gli obblighi che “...apply between more than two States and whose performance in the given case is not owed to one State individually, but to a group of States or even the international community as a whole...”. In dottrina, sugli “obblighi collettivi” v. J. PAUWELYN, *A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?*, in *EJIL*, vol. 14(5), 2003, p. 916. Sul piano della responsabilità internazionale dello Stato, una distinzione va fatta in relazione alle conseguenze derivanti dalla violazione di norme che pongono obblighi reciproci o solidali. Nel primo caso, spetterà unicamente allo Stato leso far valere le conseguenze dell’illecito nei confronti del soggetto responsabile (nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato tale diritto viene riconosciuto allo Stato *individualmente* colpito dalla violazione di un obbligo, o comunque che risulta “specially affects” nel caso in cui tale obbligo incomba su una pluralità di soggetti e abbia natura solidale (art. 42); come è stato osservato nel caso di violazioni di norme internazionali di natura solidale, il Progetto prevede le conseguenze proprie del regime di responsabilità ordinaria (cfr. A. GIOIA, voce *Responsabilità Internazionale*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. V, cit., p. 5145), mentre un regime speciale di responsabilità viene previsto solo nei casi di violazioni gravi e sistematiche di obblighi derivanti da norme di *jus cogens* (art. 40), da cui discendono una serie di conseguenze specifiche che consistono negli obblighi aggiuntivi previsti all’art. 41 non solo per lo Stato responsabile ma per tutti gli altri Stati. Inoltre, il *Progetto* accanto al diritto dello Stato “specially affected” di invocare la responsabilità internazionale di un altro Stato che abbia violato un obbligo solidale (art. 42 lett. b(i)), riconosce un medesimo diritto agli Stati diversi da quello “leso” (art. 48). In argomento, v. G. GAJA, *Do States have a duty to ensure compliance with obligations erga omnes by other states?* in M. RAGAZZI (ed.), *International responsibility today essays in memory of SCHACHTER*, Boston, 2005, p. 33 ss.; P. M. DUPUY, *L’Unité de l’ordre juridique international*, cit., p. 354 ss.; A. GATTINI, *Les obligations des États en droit d’invoquer la responsabilité d’un autre État pour violations graves d’obligations découlant de normes impératives du droit international général*, in P. M. DUPUY (sous la direction de), *Obligations Multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, Paris, 2003, p. 145 ss.; I. SCOBIE, *Invocation de la Responsabilité pour la violation d’obligations découlant de normes impératives du droit international général*, ivi, p. 121 ss.; B. SIMMA, *I diritti umani nel progetto della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale*, in M. SPINEDI, A. GIANELLI, M. L. ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, cit., p. 403 ss.

¹⁷¹ Ci riferiamo agli obblighi derivanti da taluni trattati multilaterali (es. trattati sui diritti umani) che creano diritti e obblighi tra le parti tali per cui ciascuno Stato contraente ha il dovere di rispettare le norme in essi contenute nei confronti di tutte le altre parti (*erga omnes partes*). Cfr. L. A. SICILIANOS, *Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale*, in P. M. DUPUY (sous la direction de), *Obligations Multilatérales*, cit., p. 67 e B. SIMMA, *International Human Rights and General International Law: A comparative analysis*, cit., p. 199. Con riferimento alla natura degli obblighi derivanti dal Patto sui diritti civili e politici, il Comitato per i diritti umani ha voluto precisare che “the rules concerning the basic rights of the human person” impongono obblighi *erga omnes*. General Comment No. 31(80) *Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 del 26 maggio 2004, para. 2. Per quanto riguarda la natura degli obblighi derivanti dai trattati multilaterali, il Relatore Speciale Fitzmaurice, ha distinto: obblighi “based on contractual reciprocity consisting of a reciprocal interchange between the parties...”; obblighi la cui “... performance by one party is necessarily dependent on performance by all the parties”; e obblighi “which must be applied

approfondire in tal sede, attiene alla eventuale correlazione tra norme di *jus cogens* e obblighi *erga omnes*¹⁷². In particolare, la dottrina continua a chiedersi se le norme cogenti siano formalmente strutturate in conformità con lo schema degli obblighi *erga omnes*¹⁷³ oppure se, al contrario, una tale coincidenza debba essere negata in

integrally or not at all". *Second Report on the Law of Treaties*, UN doc. A/CN.4/107, YILC, vol. II, 1957, para. 53. Il concetto di obblighi "interdipendenti" postulato da Fitzmaurice, potrebbe essere assimilato al contenuto dell'art. 60.2 lett. c della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati in cui viene riconosciuta, in caso di violazione sostanziale di un trattato multilaterale, la possibilità per "qualsiasi altra parte" di invocare tale violazione come motivo di sospensione totale o parziale dell'applicazione del trattato se questo "è di tale natura che una violazione sostanziale delle sue disposizioni ad opera di una delle parti modifica radicalmente la situazione di ciascuna delle parti per ciò che riguarda l'adempimento dei suoi obblighi in base al trattato". Per quanto riguarda gli obblighi "integrali", essi vengono definiti come "self-existent, absolute and inherent for each party" e valevoli "towards all the world rather towards particular parties" (para. 54). Cfr., A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, cit., p. 92 ss.

¹⁷² La questione in oggetto è stata recentemente affrontata dalla Commissione di Diritto Internazionale (CDI) nel corso dei lavori che hanno condotto all'approvazione definitiva del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato. Nel Commento al *Progetto*, l'organo ha precisato che "while peremptory norms of general international law focus on the scope and priority to be given to a certain number of fundamental obligations, the focus of obligations to the international community as a whole is essentially on the legal interest of all State in compliance..." (*Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement n. 10*, A/56/10 novembr 2001, pp. 281-282). Il riferimento alle norme imperative (di *jus cogens*) viene chiaramente esplicitato nel Capitolo III del *Progetto* che disciplina il regime di responsabilità nel caso di "Serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law" (artt. 40-41). Al contrario, il richiamo agli obblighi *erga omnes*, ravvisabile nella parte in cui il testo del *Progetto* disciplina la possibilità che Stati diversi da quello "leso" possano far valere la responsabilità dello Stato autore della violazione quando "the obligation breached is owed to the international community as a whole" (art. 48.1 lett. b), è solo "indiretto". Gli obblighi "...owed to the international community as a whole" (c.d. *erga omnes*) sarebbero, secondo J. Crawford, "virtually coextensive" rispetto agli obblighi derivanti dalle norme di *jus cogens*. *Special Rapporteur to the ILC on State Responsibility. Third Report*, UN doc. A/CN.4/507, 2000, para. 106(a). In conclusione, come è stato rilevato nonostante suscitati non poche perplessità l'ambiguità di fondo di alcune disposizioni del *Progetto* (P. PICONE, *Obblighi erga omnes e codificazione della responsabilità degli Stati*, cit., pp. 928-929), sulle quali tuttavia non è possibile soffermarsi in questa sede, la CDI sembra ammettere una sostanziale correlazione tra i due concetti quando afferma che "whether or not peremptory norms of general international law and obligations to the international community as a whole are aspects of a single basic idea, there is at the very least substantial overlap between them" (*Report of the ILC*, p. 281).

¹⁷³ Cfr. G. GAJA, *Obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens: a Tentative Analysis of Three Related Concepts*, in J. WEILER, A. CASSESE, M. SPINEDI (eds.), *International Crimes of States: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, NY, 1989, p. 151 ss. secondo il quale dal momento che lo *jus cogens* determina l'invalidità di un trattato in violazione di un interesse fondamentale per la Comunità internazionale "... it would be unreasonable to hold that this type of protection of common interests could apply with regard to the violation of an obligation which is not imposed erga omnes". Secondo RAGAZZI (*The Concept of International Obligations Erga Omnes*, cit., p. 200) è ragionevole presumere che le norme da cui discendono obblighi *erga omnes* "will as a rule meet the tests of jus cogens", ma non si può sostenere che vi sia una totale coincidenza tra questi due concetti. Altri ancora sostengono la "sovrapposizione" tra i due concetti, cfr. C. J. TAMS, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, cit., p. 140. A sostegno della totale coincidenza tra norme imperative e obblighi *erga omnes*, v. G. CARELLA, *La responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, Napoli, 1985, pp. 254-265; C. DOMINICÉ, *The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligation*, in *EJIL*, vol. 10, 1999, pp. 358-359. Sul piano della giurisprudenza internazionale, segnalata la posizione del Tribunale

ragione del fatto che la nozione di *jus cogens* prescinde dalla struttura reciproca o erga omnes della singola norma imperativa¹⁷⁴.

Ritornando al principio di non discriminazione, va osservato che nell'ambito del vasto movimento convenzionale promosso dalle Nazioni Unite¹⁷⁵ e dalle organizzazioni a carattere regionale esso assume valore preminente rispetto all'obbligo degli Stati di riconoscere e garantire i diritti dell'uomo¹⁷⁶. I principali

Internazionale per l'ex-Jugoslavia nel citato caso *Furundžija*, dove ha inteso evidenziare il rapporto di correlazione esistente tra *jus cogens* e obblighi erga omnes. In tale occasione, la Camera di prima istanza ha, infatti, affermato che il divieto di tortura ha acquistato il valore giuridico di una norma di *jus cogens*, e che da essa derivano obblighi erga omnes per gli Stati. La natura cogente di tale proibizione, inoltre, rende quest'ultima "one of the most fundamental standards of the international community", che incorporano "an absolute value from which no one should divert himself" (paras. 137-139, 144, 151, 154 e 160). In argomento, cfr. E. DE WET, *The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and its Implication on National and Customary Law*, in *EJIL*, vol. 15, 2004, pp. 114-115; e G. COHEN-JONATHAN, *Les droits de l'homme, une valeur internationalise*, in *Dr. Fond.*, n.1, 2001, p. 162.

¹⁷⁴ Cfr., M. IOVANE, *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, cit., p. 315; P. PICONE, *Obblighi reciproci ed obblighi erga omnes degli Stati nel campo della protezione dell'ambiente marino*, cit., p. 40 ss. Come osservato dal Gruppo di studio della Commissione di Diritto Internazionale nel rapporto *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, gli obblighi erga omnes si distinguono dallo *ius cogens* dal momento che la natura non derogabile di questo ultimo lo rende idoneo a "...override a conflicting norm", mentre i primi "designate the scope of application of the relevant law, and the procedural consequences that follow from this". Tuttavia, il Gruppo di studio ritiene che sia plausibile assumere che tutte le norme di *jus cogens* producano obblighi erga omnes in considerazione del fatto che tutti gli Stati hanno "a legal interest" a rispettare le norme imperative di diritto internazionale. Al contrario, tale interesse, che discende dall'esistenza di un obbligo erga omnes, può sussistere anche in presenza di norme che non siano imperative. Doc. A/CN.4/L.682 del 13 aprile 2006, pp. 193 e 204.

¹⁷⁵ Quanto alla Carta delle Nazioni Unite, essa annovera tra i fini dell'Organizzazione quello di "promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione" (art. 1.3). In relazione al carattere programmatico e promozionale delle norme sui diritti umani contenute nella Carta, gli Stati membri si impegnano a promuovere il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione alcuna al fine di sviluppare e preservare rapporti pacifici e amichevoli tra le nazioni (art. 55.c), nonché ad agire collettivamente o singolarmente, in cooperazione con l'Organizzazione, per assicurare il rispetto di tali diritti e libertà (art. 56). Ricordiamo, inoltre, che fra i compiti dell'Assemblea Generale delle NU vi è quello di "...promuovere il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua, o di religione" (art. 13.1 lett. b). In dottrina, per un commento agli artt. 55.c e 56, v. E. RIEDEL, *Art. 55(c)*, in B. SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford, 2002, pp. 917-940; R. WOLFRUM, *Art. 56*, ivi, pp. 941-944. La cooperazione internazionale in materia di tutela dei diritti umani deve avvenire nel rispetto del principio di "universalità" dei diritti fondamentali di tutti gli individui e di "effettività" che si traduce nel rispetto non già meramente formale degli obblighi derivanti dalle norme in questione. Cfr. L. PINESCHI, *La tutela dei diritti umani nella Carta delle Nazioni Unite: quadro normativo e prassi dell'Organizzazione*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, cit., pp. 17-18.

¹⁷⁶ Nel più volte citato parere la Corte inter-americana precisa che " ... the term "discrimination" will be used to refer to any exclusion, restriction or privilege that is not objective and reasonable, and which adversely affects human rights", chiarendo inoltre che "there is an

strumenti internazionali sui diritti umani, sui quali avremo modo di soffermarci più avanti, sanciscono infatti il principio di non discriminazione, secondo cui ciascun essere umano deve poter godere dei propri diritti fondamentali senza alcuna distinzione¹⁷⁷ fondata sulla razza¹⁷⁸, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica, l'origine nazionale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione¹⁷⁹.

I-2.1.1 Ambito globale

I-2.1.1a La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo

Per quanto riguarda la DU, dopo aver precisato che *tutti* gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti (art. 1)¹⁸⁰, essa afferma che “ad *ogni individuo* spettano tutti i diritti e tutte le libertà...senza distinzione alcuna, per ragioni di razza,

inseparable connection between the obligation to respect and guarantee human rights and the principle of equality and non-discrimination. States are obliged to respect and guarantee the full and free exercise of rights and freedoms without any discrimination ...”. Parere OC-18/03, cit., paras. 84-85.

¹⁷⁷ La Dichiarazione e il Programma d'Azione di Vienna sui diritti umani affermano che il “respect for human rights and for fundamental freedoms without distinction of any kind is a fundamental rule of international human rights law”. Doc. A/CONF. 157/24, cit., par. 15.

¹⁷⁸ La natura cogente della norma internazionale che sancisce il principio di non-discriminazione razziale è stata fermamente ribadita dalla Corte internazionale di giustizia nel noto caso *Barcelona Traction, Light and Power Company*. La Corte include tra gli obblighi *erga omnes* “the principles and rules concerning the basic rights of the human person including protection from slavery and racial discrimination ...” (paras. 33-34). In argomento, si veda pure il già citato parere consultivo della Corte inter-americana, in cui, tra i commenti scritti e orali della Commissione inter-americana sui diritti umani, si legge: “the international community is unanimous in considering that the prohibition of racial discrimination and of practices directly associated with it is an obligation *erga omnes*. The *jus cogens* nature of the principle of non-discrimination implies that, owing to their peremptory nature, all States must observe these fundamental rules, whether or not they have ratified the conventions establishing them, because it is an obligatory principle of international common law ...” (OC-18/03, p. 23). In dottrina sul concetto di discriminazione razziale, R.K.M. SMITH, *Textbook on International Human Rights*, cit., p. 193; K. J. PARTSCH, *Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination*, in K. VASAK, *The International Dimensions of Human Rights*, cit., p. 75.

¹⁷⁹ Tra le altre cause di discriminazione previste dagli strumenti internazionali, occorre menzionare “l'appartenenza ad una minoranza nazionale” (art. 14 CEDU), “l'origine etnica” e “l'incapacità” (art. 2.1 della Convenzione sui diritti del fanciullo). Tuttavia, come osservato, gli strumenti internazionali sui diritti umani non proibiscono espressamente forme di discriminazione fondate sulla condizione giuridica di migrante irregolare. Benché il Comitato sui diritti umani abbia avuto modo di ricondurre i trattamenti discriminatori tra cittadini e stranieri alla generica espressione “other status”, esso non ha inteso operare in tal senso con riferimento allo *status* di migrante irregolare. Per ciò che attiene la prassi di altri organi di controllo sui diritti umani, un primo segnale di apertura proviene dalla Corte inter-americana dei diritti dell'uomo con il parere consultivo del 2003 che costituirà oggetto di una trattazione autonoma nei capitoli successivi. Cfr. D. CASSEL, *Equal Labor Rights for Undocumented Migrant Workers*, in A. F. BAYEFSKY (ed.), *Human rights and refugees, internally displaced persons and migrant workers*, cit., p. 499.

¹⁸⁰ Corsivo nostro.

di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione (art. 2.1)¹⁸¹. Si tratta in questo caso, di una “open-ended non-discrimination provision” dal carattere tendenzialmente non esaustivo, come ha precisato il Relatore Speciale Baroness Elles¹⁸². I campi previsti dall’art. 2, infatti, sono soltanto illustrativi e non esaustivi; inoltre, il divieto di discriminazione per ragioni connesse all’“origine nazionale” non contemplerebbe al suo interno ulteriori cause ostative, quali la cittadinanza o la nazionalità, poiché si fa riferimento al fattore naturale dell’origine etnica e non già a quello giuridico dell’appartenenza ad uno Stato¹⁸³. Nell’enunciare tra le cause di discriminazione l’“origine nazionale”, la DU intendeva, dunque, attribuire a tale espressione un significato propriamente sociologico per nulla interpretabile come un divieto di distinzioni basate sull’appartenenza nazionale in senso giuridico¹⁸⁴.

I-2.1.1b Il Patto internazionale sui diritti civili e politici

La corrispondente disposizione contenuta nel citato PIDCP¹⁸⁵, stride con quanto rilevato dal Comitato dei diritti dell’uomo (CDU)¹⁸⁶ a proposito dello scarso

¹⁸¹ Corsivo nostro.

¹⁸² ELLES, *International Provisions Protecting the Human Rights of Non-Citizens*, cit., para. 114.

¹⁸³ ID., *The problem of the applicability of existing international provisions for the protection of human rights to individuals who are not citizens of the country in which they live*, Doc. E/CN.4/Sub.2/392, 1977, p. 37 ss. Per un commento agli articoli suddetti, v. A. EIDE, G. ALFREDSSON, G. MELANDER (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights - A Commentary*, Oslo, 1992, p. III-474.

¹⁸⁴ Cfr., S. SIVAKUMARAN, *The Rights of Migrant Workers One Year on: Transformation or Consolidation?*, in *Geo. J. Int’l L.*, vol. 36(1), 2004, p. 123.

¹⁸⁵ Secondo la quale ciascuno degli Stati parte “si impegna a rispettare ed a garantire a tutti gli individui che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione i diritti riconosciuti nel Patto senza distinzione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l’opinione politica o qualsiasi altra opinione, l’origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione” (art. 2.1). Il principio di non-discriminazione pervade il contenuto di una serie di disposizioni contenute nel Patto, artt. 3, 4, 14.1, 20.2, 23.4, 24, 25.

¹⁸⁶ Il CDU è l’organo istituito dal PIDCP al fine di verificare la corretta applicazione da parte degli Stati contraenti delle norme previste nel trattato. Il Patto prevede diverse procedure di controllo (art. 41 ss.): l’una basata sui rapporti periodici presentati da ciascuno Stato contraente sullo stato della legislazione interna in merito all’attuazione delle norme contenute nel Patto; l’altra di natura occasionale che consiste nella facoltà di ciascuno Stato parte, riconosciuta la competenza del Comitato in materia, di presentare e sottoporre alla sua attenzione delle “comunicazioni”, nelle quali dichiara che un altro Stato parte non adempie agli obblighi derivanti dal Patto; e, a seguito dell’adozione di uno specifico Protocollo facoltativo, nel diritto di ricorso del singolo contro uno Stato parte (diritto che può essere esercitato ovviamente solo nei confronti degli Stati che hanno ratificato il protocollo opzionale). Al CDU, inoltre, viene riconosciuta la facoltà di sottoporre osservazioni conclusive e raccomandazioni agli Stati e all’Assemblea Generale e di produrre

impegno da parte di ciascuno Stato contraente nell'assicurare i diritti previsti dal Patto a "tutti gli individui presenti sul suo territorio e soggetti alla sua giurisdizione"¹⁸⁷. In generale, afferma il Comitato "the rights set forth in the Covenant apply to everyone, irrespective of reciprocity, and irrespective of his or her nationality or statelessness"¹⁸⁸, dunque, "(they)...must be guaranteed without discrimination between citizens and aliens. Aliens receive the benefit of the general requirement of non-discrimination in respect of the rights guaranteed in the Covenant, as provided for in article 2 thereof. This guarantee applies to aliens and citizens alike. Exceptionally, some of the rights recognized in the Covenant are expressly applicable only to citizens (art. 25), while article 13 applies only to aliens"¹⁸⁹.

Il Patto, come noto, si limita ad imporre a ciascuno Stato contraente il rispetto dei diritti previsti dal trattato "senza alcuna distinzione", senza, tuttavia, che in esso venga fornita la definizione di "discriminazione". Ciononostante, il CDU ha cercato

raccomandazioni generali (*General Comments*) sul significato e la portata dei diritti previsti dal Patto. La bibliografia è vastissima in materia, pertanto ci limitiamo a segnalare: C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 96 ss.; P. ALSTON, J. CRAWFORD, *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge, 2000; D. Mc GOLDRICK, *The Human Rights Committee: its role in the development of the international Covenant of Civil and Political Rights*, Oxford, 1994. Sul rapporto tra le norme del Patto e l'ordinamento interno, v. G. GAJA, *L'esecuzione del Patto sui diritti civili e politici nella giurisprudenza italiana*, in S. MARCHISIO, F. RASPADORI (a cura di), *L'Italia e i diritti umani*, Padova, 1995, p. 119 ss.

¹⁸⁷ CDU, *General Comment n. 15 The position of alien under the Covenant*, CCPR/C/27 del 11/04/1986, para. 1. Questo aspetto rinvia necessariamente alla problematica relativa all'applicazione territoriale o extraterritoriale dei trattati sui diritti umani di cui si dirà in seguito (v. *infra*). Gli Stati hanno spesso considerato il rispetto degli obblighi da essi derivanti come limitato agli individui sottoposti alla propria giurisdizione all'interno del territorio nazionale. Ciononostante, alcuni organismi internazionali, tra i quali il Comitato sui diritti umani, hanno esteso l'ambito di applicazione di tali disposizioni a livello extraterritoriale, affermando che "gli individui possono rientrare nell'ambito di giurisdizione materiale di uno Stato parte anche quando essi si trovano al di fuori del territorio di quello Stato" (CDU, Doc. CCPR/C/79/Add 50, 1995, par. 19). Per quanto riguarda l'ambito di applicazione del Patto, il CDU ha avuto modo di precisare che l'obbligo derivante dall'art. 2.1 "means that a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party ...". Inoltre, si afferma che "the enjoyment of Covenant rights is not limited to citizens of States Parties but must also be available to all individuals, regardless of nationality or statelessness, such as asylum seekers, refugees, migrant workers and other persons, who may find themselves in the territory or subject to the jurisdiction of the State Party". Nel documento, l'organo di controllo precisa che "this principle also applies to those within the power or effective control of the forces of a State Party acting outside its territory, regardless of the circumstances in which such power or effective control was obtained, such as forces constituting a national contingent of a State Party assigned to an international peace-keeping or peace-enforcement operation" (*General Comment n. 31(80)*, cit., para. 10).

¹⁸⁸ CDU, *General Comment n. 15*, cit., para. 1.

¹⁸⁹ *Ivi*, para. 2.

di sopperire a tale lacuna prendendo in considerazione talune precedenti esperienze normative. Il CDU osserva che i redattori del Patto, tenendo presente la definizione di “discriminazione razziale”¹⁹⁰, hanno ricondotto, in termini più generali, il termine “discriminazione” a “any distinction, exclusion, restriction or preference which is based on any ground such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms”¹⁹¹. Tuttavia, precisa il Comitato, il godimento dei diritti e delle libertà su un piano di parità non implica un identico trattamento in qualunque caso. Ne sono prova le disposizioni che prevedono che una sentenza capitale non può essere pronunciata per i delitti commessi da minori di 18 anni e non può essere eseguita nei confronti di donne incinte (art. 6.5), che i rei minorenni siano separati dagli adulti (art. 10.3), o che i diritti politici siano

¹⁹⁰ L’art. 1 della citata Convenzione sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale precisa che “l’espressione *discriminazione razziale* indica ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l’ascendenza o l’origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l’effetto di distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l’esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale o in qualsiasi altro settore della vita pubblica”. La citata Convenzione sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne stabilisce che “l’espressione *discriminazione contro le donne* concerne ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza, o come scopo, di compromettere o distruggere il riconoscimento, il godimento o l’esercizio, da parte delle donne, quale che sia il loro stato matrimoniale, sulla base di parità tra l’uomo e la donna, dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo” (art. 1). Il principio di non-discriminazione appare particolarmente rilevante con riferimento a comportamenti discriminatori assunti nei confronti di un altro gruppo particolarmente vulnerabile, i bambini. In tal senso, viene offerta loro protezione in virtù di specifiche convenzioni internazionali, e in particolare, la Convenzione sui diritti del fanciullo. L’art. 2, infatti, obbliga gli Stati contraente a rispettare e garantire i diritti in essa enunciati ad ogni fanciullo sotto la sua giurisdizione, senza distinzione di sorte ed a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo e dei suoi genitori o rappresentanti legali, della origine nazionale, etnica o sociale, della situazione finanziaria, della incapacità, della nascita o di ogni altro status del fanciullo e dei suoi genitori o rappresentanti legali”.

¹⁹¹ CDU, General Comment n. 18 *Non-discrimination*, CCPR/C/37 del 10/11/1989, paras. 6-7. Si noti che la “nazionalità” non viene menzionata espressamente tra i motivi di discriminazione previsti all’art. 2.1. Nessun problema interpretativo pone l’utilizzo dell’espressione “national origin” se si intende riferirla esclusivamente alla discendenza della persona piuttosto che alla sua nazionalità giuridica. Cfr. R. LILLICH, *The human rights of alien in contemporary international law*, cit., p. 46. Tuttavia, con riferimento alla clausola di non-discriminazione contenuta nell’art. 26, il Comitato nel caso *Gueye and Others v. France* ha precisato che l’espressione “other status” utilizzata nell’art. 26 incorpora il requisito della nazionalità, pertanto qualunque discriminazione fondata su un simile presupposto è da ritenere illecita salvo nei casi in cui venga espressamente autorizzata. Communication n. 196/1983 (3/04/1989), UN Doc. Supp. N. A/44/40, 189 (1989) citata in S. SIVAKUMARAN, *The Rights of Migrant Workers One Year on: Transformation or Consolidation?*, cit., p. 128.

riconosciuti ai soli cittadini (art. 25)¹⁹². Inoltre, prosegue, non tutte le diversità di trattamento implicano necessariamente una “discriminazione”; occorre, infatti, che i criteri tesi a giustificare tale trattamento siano ragionevoli ed obiettivi e che mirino a raggiungere uno scopo legittimo secondo il Patto¹⁹³.

Con riferimento al principio di non-discriminazione, particolare attenzione merita la disposizione, in parte riproduttiva del contenuto dell’art. 7 DU, secondo la quale “tutti gli individui sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione ad un eguale tutela da parte della legge” (art. 26 del Patto)¹⁹⁴. Se l’interpretazione della suddetta norma, basata sui lavori preparatori, appare ben lontana dal volerla riconoscere come “norma generale di non-discriminazione” indipendente dall’insieme dei diritti sanciti dal Patto, il CDU, al contrario, ritiene che l’art. 26 preveda un autonomo diritto in quanto proibirebbe la discriminazione “in law and in fact” in qualunque settore regolato e protetto dalle pubbliche autorità¹⁹⁵. In altre parole, l’applicazione del principio di non-discriminazione contenuto nel suddetto articolo “is not limited to those rights which are provided for in the Covenant”¹⁹⁶, ma si applica in tutti i casi e in tutte le circostanze che attengono alla sfera internazionale e domestica¹⁹⁷.

I-2.1.1c Il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali

La clausola contenuta nell’articolo 2.2 del citato PIDESC¹⁹⁸, che secondo alcuni autori conterrebbe un’elencazione delle cause di non-discriminazione piuttosto

¹⁹² CDU, *General Comment n. 18*, cit., para. 8.

¹⁹³ *Ivi*, para. 13. Nel *Mauritian Women’s Case*, il Comitato, pur riscontrando una violazione degli art. 2.1 e 3 del Patto, precisa che una distinzione basata sul sesso non è di per sé decisiva, in quanto il fattore determinante consiste nell’assenza di una “sufficient justification” a tale atteggiamento discriminatorio. HRC Resn. 9/35 (1981).

¹⁹⁴ Il CDU ha ribadito che “...aliens are entitled to equal protection by the law. There shall be no discrimination between aliens and citizens in the application of these rights. These rights of aliens may be qualified only by such limitations as may be lawfully imposed under the Covenant”. CDU, *General Comment n. 15*, cit., para. 7. In dottrina, LILLICH suggerisce che il diritto all’eguaglianza di fronte alla legge e il principio di non-discriminazione così come sanciti negli artt. 7 e 26 della DU appartengono al diritto consuetudinario.

¹⁹⁵ CDU, Caso *F. H. Zwaan-de Vries c. Paesi Bassi*, 9 aprile 1987, parr. 12.2-12.4.

¹⁹⁶ CDU, *General Comment n. 18*, cit., para. 12.

¹⁹⁷ Cfr., C. TIBURCIO, *The human rights of alien under international and comparative law*, cit., p. 94 e . S. SAROLÉA, *Droits de l’homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, 2006, p. 521.

¹⁹⁸ La norma recita: “gli Stati parti del presente Patto si impegnano a garantire che i diritti in esso enunciati verranno esercitati senza discriminazione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l’opinione politica o qualsiasi altra opinione, l’origine nazionale o

esaustiva¹⁹⁹, imporrebbe un obbligo di immediata applicazione a dispetto del più generale principio di “realizzazione progressiva”²⁰⁰ sotteso *in primis* al paragrafo 1 della norma, ma che permea anche altre disposizioni del Patto.

Quanto al termine “discriminazione”, in mancanza di un’esplicita definizione contenuta nel Patto, il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali (CDESC)²⁰¹

sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione”. Secondo i redattori del PIDESC, il termine “discriminazione” avrebbe dato agli Stati sufficiente libertà d’azione in ordine alla distinzione tra stranieri e cittadini con riferimento ad alcuni diritti, in particolare il diritto al lavoro e ai benefici sociali, il cui riconoscimento, spesso, viene limitato ai soli cittadini. *Exploitation of Labour through illicit and clandestine trafficking* (Preliminary study prepared by Ms. H.E. Warzazi, Special Rapporteur), 1974, para. 93.

¹⁹⁹ Cfr. LILLICH, MCDUGAL, LASSWELL e CHEN citati da R. CHOLEWINSKI, *Migrant workers in International Human Rights Law*, cit. p. 57 e B. NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, cit., p. 156. Al contrario, sulla presunta non esaustività dell’elenco delle cause di discriminazione, v. Y. KLERK, *Working paper on article 2.2 and article 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Hum. R. Q.*, 1987, 250-256; *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc E/CN.4/1987/17, paras. 21, 25-26. Il riferimento all’espressione “senza distinzione alcuna”, originariamente omesso nel progetto di articolo 2.2, aveva indotto i commentatori a ritenere tale catalogo piuttosto esaustivo. Tuttavia, come noto, il testo definitivo prevede il divieto di “discrimination on any ground”, abbracciando così diverse prospettive.

²⁰⁰ Il principio della “progressiva realizzazione” trova applicazione soprattutto in relazione a quei diritti (economici, sociali e culturali), il cui godimento presuppone una prestazione da parte dello Stato, contrariamente a quanto accade per i diritti c.d. di prima generazione da cui discendono prevalentemente obblighi negativi per lo Stato, ossia di non interferenza nella sfera individuale. Tale principio assume che gli obblighi previsti dal trattato non sia uniformi ed universali; pertanto le parti contraenti si impegnano ad agire nel senso prescritto all’art. 2 del PIDESC “con il massimo delle risorse disponibili allo scopo di assicurare progressivamente il pieno esercizio” dei diritti ivi elencati. Come precisato dal Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, l’affermazione in base alla quale le Parti devono adottare misure al fine di assicurare l’attuazione progressiva dei diritti riconosciuti dal Patto deve essere interpretata nel rispetto del principio di effettività, vale a dire, garantendo l’effettiva realizzazione dei diritti tutelati dal Patto. General Comment n. 3 *The Nature of States Parties Obligations under art. 2.1*, Doc del 14 dicembre 1990, para. 9. In generale sul concetto di “progressiva realizzazione”, v. A. R. CHAPMAN, S. RUSSEL, (eds.), *Core obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, Intersentia, 2002, p. 4.; K. ARAMBULO, *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Theoretical and Procedural Aspects*, Oxford, 1999, p. 78 ss.; A. EIDE, *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, in A. EIDE, C. KRAUSE, A. ROSAS, *Economic, Social and Cultural Rights*, The Hague, 2001; F. JACOBS, *La porte juridique des droits économiques, sociaux et culturels*, in *RBDI*, 1999, p. 19 ss. Il principio della “progressiva realizzazione” dei diritti economici, sociali e culturali contenuti nel PIDESC contrasterebbe con l’obbligo previsto dal PIDCP di “rispettare ed assicurare” i diritti civili e politici in quanto immediatamente applicabili. In tal senso, v. T. BUERGENTHAL, *To respect and ensure: State obligations and permissible derogations*, in L. HENKIN (ed.), *The international Bill of Rights*, 1981, p. 72 ss. In dottrina, inoltre, è stato rilevato che “...the suggestion that realization of civil and political rights requires only abstention on the part of the state and can be achieved without significant expenditure is patently at odds with reality”, cfr. P. ALSTON, G. QUINN, *The nature and scope of State parties’ obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *HRQ*, 8, 1987, p. 172.

²⁰¹ Il Comitato fu creato come organo ausiliario del Consiglio economico e sociale (ris. 1985/17 del 28 maggio 1985), ed opera “per assistere il Consiglio” nella formulazione delle “considerazioni” sui rapporti presentati dagli Stati. Il Comitato, come il CDU, redige i c.d. Commenti generali, volti a

ha provveduto a chiarirne il significato con riferimento al diritto al lavoro (art. 6). Con tale espressione deve intendersi, precisa il CDESC, “any distinction, exclusions, restrictions or preferences²⁰², be it in law or in administrative practices or in practical relationships between persons or groups of persons, made on the basis of race, colour, sex, religion, political opinion, nationality or social origin, which have the effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise of equality of opportunity or treatment in employment or occupation”²⁰³. Ne deriva che la diversità di trattamento costituisce senza dubbio un prerequisito necessario per stabilire l'esistenza o meno di una discriminazione; tuttavia, nell'accertare la violazione del principio di non-discriminazione, occorre verificare se tale atteggiamento sia o meno oggettivamente e ragionevolmente giustificabile, così

chiarire la natura, la portata e le modalità di applicazione di singole norme del Patto, ma anche a precisare alcuni obblighi procedurali degli Stati parti. Nel 1996 il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali ha ricevuto l'incarico di redigere un progetto di Protocollo opzionale, che abiliti l'organo ad esaminare comunicazioni individuali circa presunte violazioni del Patto. Nel 2003 la Commissione per i diritti umani decide di creare un gruppo di lavoro incaricato di elaborare il protocollo opzionale al PIDESC (ris. 2003/18, para. 12), il cui mandato è stato ulteriormente prorogato dall'organo delle Nazioni Unite con ris. 2004/29. Nel 2006 il Consiglio per i diritti umani ha chiesto, estendendo nuovamente il mandato del gruppo di lavoro di altri due anni, al Relatore, Catarina de Albuquerque, di preparare “a first draft optional protocol, which includes draft provisions corresponding to the various main approaches outlined in her analytical paper, to be used as a basis for the forthcoming negotiations” (ris. 1/3, OP2, para. 2). Il progetto di protocollo opzionale (Doc. A/HRC/6/WG.4/2 23-04-2007) è stato adottato in prima lettura e discusso nell'ambito della quarta sessione del gruppo di lavoro (16-27 luglio 2007). Per ulteriori informazioni sui lavori preparatori del gruppo di lavoro si consulti il sito ufficiale delle Nazioni Unite www.un.org. Sul meccanismo di controllo previsto dal PIDESC e le proposte sul Protocollo opzionale, v. C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 96 ss.; Y GHAY, J COTTRELL, *Economic, social and cultural rights in practice: the role of judges in implementing economic, social and cultural rights*, London 2004; R. SODINI, *Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, Montchrestien, 2000, p. 220; K. ARAMBULO, *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, cit., p. 78 ss.; M. CRAVEN, *The International Covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, Oxford, 1995; P. ALSTON, *Establishing the right to petition under the Covenant on economic, social and cultural rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law-The protection of Human Rights in Europe*, vol. IV, The Hague, 1993, p. 107 ss.; P. ALSTON, *The Committee on economic, social and cultural rights*, in P. ALSTON, *The United Nations and Human Rights. A critical appraisal*, cit., p. 473.

²⁰² L'inserimento del termine “preferenza” suggerisce che per trattamento discriminatorio non deve intendersi necessariamente ed esclusivamente l'azione diretta *contro* un individuo o un gruppo, ma anche qualunque irragionevole atteggiamento che tende a favorire un individuo o un gruppo a danno di altri. M. CRAVEN, *The International Covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, cit., p. 164.

²⁰³ *Reporting Guidelines*, UN Doc. E/1991/23, Annex IV, para. 3. Tale definizione riprende quella contenuta nell'art. 1.1 della Convenzione OIL n. 111 sulla Discriminazione in materia di occupazione, adottata il 25 giugno 1958 ed entrata in vigore il 15 giugno 1960, in cui si legge: “For the purpose of this Convention the term discrimination includes (...) any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, colour sex, religion, political opinion, national extraction or

come specificato da alcuni organi di controllo internazionali²⁰⁴. Il Comitato, pur riscontrando in numerose occasioni una violazione degli artt. 2.2 e 3, esso non ha fatto cenno all'eventuale irragionevolezza e non-oggettività delle misure discriminatorie prese in esame²⁰⁵.

La prassi del CDESC, inoltre, rileva la tendenza, da parte dello stesso, ad includere ulteriori cause di discriminazione nell'ambito dell'elenco previsto dall'art. 2.2, quali la salute, l'età, l'orientamento sessuale, la povertà e la nazionalità²⁰⁶. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, occorre notare che l'art. 2.2 proibisce qualunque discriminazione fondata sull'origine nazionale, intesa nel senso dell'origine etnico-razziale di un individuo non già della sua cittadinanza²⁰⁷. La norma, *prima facie*, condurrebbe verso un'interpretazione tesa a legittimare eventuali trattamenti differenziati tra stranieri e cittadini. Tuttavia, alcuni membri del CDESC hanno precisato che qualunque differenziazione tra cittadini e non-cittadini è illegittima²⁰⁸, e che l'unica eccezione a questa regola potrebbe essere rappresentata dalla possibilità, per i PVS, di limitare il godimento dei diritti economici dei non-cittadini (art. 2.3)²⁰⁹.

Prendendo in esame i precedenti strumenti internazionali, occorre notare che le norme che sanciscono il principio di non-discriminazione, pur prevedendo tra le ragioni di discriminazioni l'"origine nazionale" (intesa nella sua connotazione sociologica), terminano con un generico riferimento ad "altre condizioni", tra le quali potrebbe includersi il vincolo di cittadinanza. Lette in tal senso, dal principio

social origin, which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation".

²⁰⁴ A riguardo il già citato caso *Mauritian Women*, sottoposto all'attenzione del Comitato sui diritti umani, nonché il noto caso "certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (1968), in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo stabilisce che il principio dell'equo trattamento è da ritenersi violato "if the distinction has no objective and reasonable justification"; inoltre, è necessario che ci sia una "reasonable relationship of proportionality between the means employment and the aim sought to be realized". Serie A, vol. 6, para. 252.

²⁰⁵ Ad esempio nel caso dell'Iran il Comitato ha dichiarato semplicemente che l'esclusione delle donne dalla possibilità di studiare gran parte delle materie universitarie e la necessità per loro di ottenere il permesso dei coniugi per lavorare o viaggiare fosse incompatibile con gli obblighi derivanti dal Patto. Osservazioni conclusive sul rapporto dell'Iran, v. Doc. E/C.12/1993/7, para. 6.

²⁰⁶ Cfr. M. CRAVEN, *The International Covenant*, cit. p. 170.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ *General Guidelines*, Doc. E/C.12/1991/I, para. 2.

²⁰⁹ Con riferimento al rapporto presentato dall'Austria (E/1984/6/Add.17, para. 49.b), il Comitato osserva che gli stranieri non ricevono gli stessi benefici dei cittadini, e ciò costituisce una violazione

di non discriminazione che sottende, discende l'intenzione di evitare che la cittadinanza rappresenti un elemento discriminatorio tra lo straniero e il cittadino.

Per quanto riguarda la clausola prevista dall'art. 2.3 del PIDESC, essa costituisce una inequivocabile limitazione ai diritti dei non-cittadini, in quanto stabilisce che “i Paesi in via di sviluppo, tenuto in debito conto i diritti dell'uomo e le rispettive economie nazionali, possono determinare in quale misura essi garantiranno a individui non aventi la loro cittadinanza i diritti economici riconosciuti nel Patto”²¹⁰. Data l'incerta interpretazione discendente da una lettera evidentemente poco chiara e, per certi versi ambigua, tale disposizione potrebbe essere intesa sia nel senso di consentire a ciascuno degli Stati presi in considerazione di escludere dal novero dei beneficiari dei diritti economici gli individui che non abbiano la sua cittadinanza²¹¹, sia nel senso di limitare l'applicazione dei diritti economici dei non-cittadini, determinando “in quale misura” garantire detti diritti senza, tuttavia, impedirne il riconoscimento²¹². E' il caso di precisare, tuttavia, che entrambe le prospettive presuppongono l'esercizio di una facoltà da parte dei Paesi in via di sviluppo, non già l'adempimento di un dovere/obbligo discendente dall'art. 2.3 di procedere in un senso o nell'altro²¹³. Tenuto conto dei diritti umani (enumerati negli strumenti

dell'art. 2.3 del Patto, in quanto l'Austria non può essere considerato un PVS. Doc. E/C.12/1988/SR.3, para. 13 e Doc. E/C.12/1988/SR.4, para. 45.

²¹⁰ Benché l'art. 2.3 non preveda alcuna definizione di “developing country”, una possibile interpretazione indurrebbe a ritenere che si tratti di Paesi economicamente deboli (magari reduci da un'esperienza coloniale) che mirano a raggiungere un certo livello di benessere socio-economico. La norma nella sua ambiguità letterale, pone in rilievo un altro problema interpretativo. L'esplicito riferimento ai soli diritti economici enunciati nel Patto, infatti, sembrerebbe escludere dal novero dei diritti, la cui applicazione potrebbe esser soggetta ad eventuali limitazioni da parte dei PVS, i c.d. diritti sociali senza, tuttavia, tener conto dello stretto rapporto di interdipendenza che lega le due categorie. Esemplicativo a riguardo il diritto al lavoro sancito dall'art. 6 PIDESC. Pur rientrando indubbiamente nella categoria dei diritti sociali, esso non solo implica “il diritto di ogni individuo di ottenere la possibilità di guadagnarsi la vita con un lavoro liberamente scelto...”, quanto costituisce presupposto fondamentale per il godimento di un altro diritto c.d. “economico”, ossia il diritto di ogni individuo di godere di giuste e favorevoli condizioni di lavoro” (art. 7).

²¹¹ Cfr. G. S. GOODWIN-GILL, R.K. JENNY, R. PERRUCHOUD, *Basic Humanitarian Principles Applicable to Non-Nationals*, in *IMR*, vol. 19(3), 1985, pp. 556-569.

²¹² Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant workers in International Human Rights Law*, cit., pp. 58-59 ribadisce, a più riprese, che la norma in questione non autorizza i PVS ad escludere “blatantly” i non-cittadini dalla protezione dei diritti economici.

²¹³ In ogni caso, la norma contenuta nell'art. 2.3 non autorizza i PVS ad avere atteggiamenti discriminatori nei confronti dei non-cittadini, nè trattamenti differenziati possono riguardare il godimento dei diritti non-economici. Tuttavia, il Patto “does not embody a general norm of non-discrimination against aliens”. Cfr. R. LILLICH, *The human rights of alien in contemporary international law*, cit., pp. 47-48.

internazionali in materia) e delle rispettive economie, essi determineranno discrezionalmente il grado di applicabilità dei diritti economici degli stranieri²¹⁴.

Malgrado le numerose critiche mosse da alcuni delegati nazionali a proposito della presunta contrarietà di tale previsione allo spirito universale ed egualitario del Patto, essa risulta conforme a quanto stabilito dal diritto internazionale dei diritti umani circa la possibilità di derogare al principio di non-discriminazione purché il trattamento discriminatorio sia necessario e proporzionato al perseguimento di un obiettivo legittimo.

Benché la prassi provi che gli stranieri non beneficino di un equo trattamento in tutti i settori della vita socio-economica del Paese ospitante (anche nel caso in cui non sia un PVS), ciò non significa che siano privati di tutti i diritti riconosciuti nel Patto. A riguardo, infatti, il Comitato ha voluto precisare che, i non-cittadini hanno il diritto di godere di un “minimum core content” di tali diritti, condannando situazioni in cui gli stranieri godevano di pochi diritti diventando, così, oggetto di sfruttamento²¹⁵.

Quanto al termine “non-nationals”, la norma suindicata appare nuovamente poco chiara. L’assenza di ulteriori specificazioni, infatti, potrebbe indurre a considerare la possibilità che i PVS decidano discrezionalmente di escludere i c.d. migranti irregolari dal godimento dei diritti economici, riservandosi di determinare “in quale misura” garantire di diritti economici dei soli migranti legalmente residenti. Ad ogni modo, benché sia controversa la questione relativa al riconoscimento dei diritti economici, sociali e culturali previsti dal Patto ai migranti irregolari, il testo non limita esplicitamente il godimento di tali diritti alle sole persone legalmente residenti nel Paese di destinazione, probabilmente nell’intento di salvaguardare il carattere universale dei diritti ritenuti fondamentali²¹⁶.

Infine, la generale clausola restrittiva contenuta nell’art. 4²¹⁷ potrebbe costituire fonte di legittimazione di una eventuale discriminazione contro gli stranieri²¹⁸. A noi

²¹⁴ Cfr., K. ROTH, *Defending Economic, Social and Cultural Rights: Practical Issues Faced by an International Human Rights Organization*, in *Hum. R. Q.*, 26, 2004, pp. 63-73.

²¹⁵ Cfr. M. CRAVEN, *The International Covenant*, cit. p. 170.

²¹⁶ *Ivi*, p. 59.

²¹⁷ La norma prevede che “... nell’assicurare il godimento dei diritti ..., lo Stato potrà assoggettarli esclusivamente a quei limiti che siano stabiliti dalla legge, soltanto nella misura in cui ciò sia compatibile con la natura di tali diritti e unicamente allo scopo di promuovere il benessere generale in una società democratica”.

sembra che la norma non costituisca tanto una scappatoia tesa a legittimare trattamenti discriminatori nei confronti dei non-cittadini, quanto l'ennesimo richiamo a condizioni di "straordinarietà" che potrebbero giustificare eventuali restrizioni dei diritti.

I-2.1.1d La Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale

Sempre nell'ambito degli strumenti internazionali sui diritti umani a vocazione universale, si colloca la citata Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (CDR)²¹⁹, la quale precisa, sin dal principio, il significato dell'espressione "discriminazione razziale"²²⁰, intesa come "ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio...dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali..." (art. 1.1)²²¹.

La CDR prevede una clausola, simile a quella precedentemente analizzata nell'ambito del PIDESC, concernente l'eventuale restrizione dei diritti previsti dalla stessa. L'art. 1.2, infatti, stabilisce che "la Convenzione non si applica alle distinzioni, esclusioni, restrizioni o preferenze stabilite da uno Stato parte tra cittadini e non cittadini". Tale previsione non mira ad escludere gli stranieri dalla sfera di applicazione della Convenzione, né introduce una nuova norma che ammetta atteggiamenti discriminatori sulla base della nazionalità²²². E' evidente che tale disposizione non intende legittimare eventuali trattamenti discriminatori nei

²¹⁸ Cfr., S. SIVAKUMARAN, *The Rights of Migrant Workers One Year on: Transformation or Consolidation?*, cit., p. 133.

²¹⁹ Sulla Convenzione, E. SCHWELB, *The International Convention on the Elimination of all forms of racial discrimination*, in *ICLQ*, 1966, p. 349; U. VILLANI, *Le misure di applicazione della Convenzione internazionale sulla discriminazione razziale*, in *CI*, 1977, p. 445; R. K. M. SMITH, *Textbook on International Human Rights*, cit., p. 193.

²²⁰ Sulla discriminazione razziale in generale, v. F. SALERNO, *Discriminazione razziale*, in VITTA E., GREMENTIERI V. (a cura di), *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, cit., p. 261; G. COHEN-JONATHAN, *Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale*, in *RTDH*, 2001, p. 665; S. FREMAN, *Discrimination and Human Rights*, Oxford, 2001.

²²¹ L'art. 1.1 della *Convenzione contro la discriminazione in materia di istruzione*, adottata dall'UNESCO il 14 dicembre 1960 ed entrata in vigore il 22 maggio 1962 (su www.unesco.org) prevede che il termine "discriminazione" include "ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica, l'origine nazionale o sociale, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere l'eguaglianza di trattamento nell'istruzione".

confronti di stranieri²²³, piuttosto il senso della norma è che, qualora manifestazioni apparenti di discriminazioni razziale²²⁴ si configurino in realtà come distinzioni riconducibili alla differenza di trattamento fra cittadini e stranieri, i divieti posti dal trattato in questione non si applicano. Lungi dal ritenere legittima qualunque discriminazione fondata sulla razza tra cittadini, cittadini e stranieri, e fra stranieri, la norma ammette le sole discriminazioni e preclusioni consentite e riconosciute dal diritto internazionale (ad esempio, il non godimento dei diritti politici riservato ai soli cittadini)²²⁵.

Nella stessa direzione della precedente tende la disposizione contenuta nell'art. 1.3, secondo cui “nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata come contrastante con le disposizioni legislative degli Stati parti che si riferiscono alla nazionalità, alla cittadinanza o alla naturalizzazione, a condizione che tali disposizioni non siano discriminatorie nei confronti di una particolare nazionalità”. In questo caso, l'intento sembrerebbe quello di non voler pregiudicare gli effetti propri delle normative nazionali in materia di cittadinanza, nazionalità e naturalizzazione, pur salvaguardando rigorosamente il principio di non-discriminazione razziale²²⁶.

²²² Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant workers in International Human Rights Law*, cit., p. 62.

²²³ Il Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale (CEDR) precisa che “... legislative guarantees against racial discrimination apply to non-citizens regardless of their immigration status, and (...) the implementation of legislation does not have a discriminatory effect on non-citizens”. *General Recommendation n. 30*, cit., para. 7. In sintesi sulla procedura di controllo prevista dalla Convenzione in questione, v. R. LUZZATTO, F. POCAR, *Codice di diritto internazionale pubblico*, quarta ed., Torino, 2006, p. 206 ss.; R. GOUTTES, *Le rôle du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale*, in *RTDH*, 2001, p. 567; A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, p. 102; K. J. PARTSCH, *The Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, in P. ALSTON, *The United Nations and Human Rights. A critical appraisal*, cit., p. 339; R. GOUTTES, *La Convention internationale et le Comité des Nations Unies sur l'élimination de la discrimination raciale*, in *RTDH*, 1996, p. 515.

²²⁴ La Dichiarazione e il Programma d'Azione adottati nell'ambito della Conferenza Mondiale contro il razzismo, la xenofobia, la discriminazione razziale e l'intolleranza rivolgono particolare attenzione alla categoria dei migranti quali vittime di razzismo, discriminazione razziale, xenofobia. *Report of the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance*, Durban, 31 August - 8 September 2001, Cap. I, paras 16, 38, 46-51, 89. Doc. A/CONF./189/12 del 25 gen 2002. In particolare, il Programma d'Azione dedica un'intera sezione ai migranti (Cap. I, Part II “Victims of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance” (paras 24-33).

²²⁵ Cfr. B. NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, cit., p. 163.

²²⁶ Il CEDR raccomanda agli Stati contraenti di “ensure that particular groups of non-citizens are not discriminated against with regard to access to citizenship or naturalization, and to pay due attention to possible barriers to naturalization that may exist for long-term or permanent residents”; di

Una simile “eccezione”, tuttavia, non mette in discussione il fatto che i diritti fondamentali, in quanto tali, debbano essere riconosciuti a tutti gli esseri umani. Un differente trattamento, se ingiustificato, risulterebbe illecito ed arbitrario. E’ necessario, infatti, che esso risponda ad uno scopo legittimo, non sia privo di motivazione oggettiva, e che preveda un ragionevole grado di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e i risultati di raggiungere²²⁷.

I-2.1.2 Ambito regionale

I-2.1.2a La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali

In ambito regionale, la clausola di non-discriminazione prevista dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)²²⁸, presenta tratti simili alle corrispondenti norme contenute nella DU e nel PIDCP.

In particolare la CEDU prevede che i diritti e le libertà fondamentali devono essere riconosciuti ad ogni persona soggetta alla giurisdizione” di uno degli Stati

“recognize that deprivation of citizenship on the basis of race, colour, descent, or national or ethnic origin is a breach of States parties’ obligations to ensure non-discriminatory enjoyment of the right to nationality” e di “take into consideration that in some cases denial of citizenship for long-term or permanent residents could result in creating disadvantage for them in access to employment and social benefits, in violation of the Convention’s anti-discrimination principles”. *General Recommendation n. 30* cit., paras. 13-15.

²²⁷ Ivi, para. 4. Sul punto, G. S. GOODMIN-GILL, R. K. JENNY, R. PERRUCHOUD, *Basic Humanitarian Principles*, cit., p. 559.

²²⁸ Firmata a Roma il 4 novembre 1950, la CEDU è entrata in vigore il 3 settembre 1953, su <http://conventions.coe.int>. L’Italia ha ratificato con l. 4 agosto 1955, n. 848, in GU n. 221 del 5 novembre 1955. In sintesi sul meccanismo di controllo previsto dalla CEDU, v. M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, cit., p. 281 ss.; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell’uomo*, cit., pp. 31-39; G. RAIMONDI, *Il Consiglio d’Europa e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Napoli, 2005; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo: procedure e contenuti*, Napoli, 2001 e dello stesso autore, *Compendium della CEDU*, Napoli, 2000. Con particolare riferimento al rapporto tra CEDU e ordinamento giuridico italiano, v. D. TEGA, *La Cedu e l’ordinamento italiano*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 67 ss.; B. NASCIMBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Profili ed effetti nell’ordinamento italiano*, Milano, 2002; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in RIDU, 1998, p. 20 ss.; P. PUSTORINO, *Sull’applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento italiano*, ivi, p. 23 ss. Sul rapporto tra giurisdizioni nazionali e diritto internazionale dei diritti dell’uomo, v. B. CONFORTI, *Notes on the relationship between International Law and National Law*, in *International Law FORUM du droit international*, 3/2001, pp. 18-24; B. CONFORTI, *National Court and the International Law of Human Rights*, in B. CONFORTI, F. FRANCONI (eds.), *Enforcing International Human rights in Domestic Courts*, The Hague, 1997, p. 3 ss.

contraenti (art. 1)²²⁹ senza alcuna discriminazione fondata sul sesso, la razza²³⁰, il

²²⁹ Con riferimento all'ambito di applicazione delle norme contenute nella CEDU, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo tende a differenziarsi dalla prassi interpretativa di taluni organi di controllo internazionale (es. Comitato dei diritti dell'uomo) limitando la portata del termine "giurisdizione" ribadendone la natura prevalentemente *territoriale*. V. caso *Loizidou c. Turchia – Preliminary Objections*, (sentenza 25 febbraio 1995, par. 62 e sentenza 18 dicembre 1996, par. 57). Di recente la corte di Strasburgo ha precisato con riferimento alla nozione di "giurisdizione" che "... from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State was primarily territorial. While international law did not exclude a State's exercise of jurisdiction extra-territorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular relations, effect, protection, passive personality and universality) were, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant States. The Court considered that Article 1 of the Convention must be considered to reflect this ordinary and essentially territorial notion of jurisdiction, other bases of jurisdiction being exceptional and requiring special justification in the particular circumstances of each case". La Corte ha negato che nel caso di specie vi fosse giurisdizione, perché la Convenzione europea è un trattato multilaterale a vocazione regionale, e la Repubblica Federale di Jugoslavia, sul cui territorio si è verificata la violazione, non ne è parte. La Corte ha ammesso che in casi eccezionali uno Stato parte alla Convenzione può esercitare la propria giurisdizione al di fuori del proprio territorio, ma ha precisato che "only exceptionally extra-territorial acts as constituting an exercise of jurisdiction, when the respondent State, through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, exercised all or some of the public powers normally to be exercised by that Government". Il ricorso è stato dichiarato pertanto inammissibile in quanto non è rinvenibile alcun "jurisdictional link between the persons who were victims of the act complained of and the respondent States". V. caso *Bancović and others v. Belgium and 16 other Contracting States* (ricorso n. 52207/99, decisione del 12 dicembre 2001) e in argomento, v. pure la sentenza della Corte europea *Gentilhomme and Others v. France* (14 maggio 2002). Per un commento, v. G. COHEN-JONATHAN, J. F. FLAUSS, *Cour Européenne des droits de l'homme et droit international général*, in *AFDI*, XLIX, 2003, p. 676 ss. Nel caso *Ilașcu and Others v. Moldova and Russia* (8 luglio 2004) la Corte europea osserva che "... although in *Banković and Others* it emphasised the preponderance of the territorial principle in the application of the Convention, it has also acknowledged that the concept of "jurisdiction" within the meaning of Article 1 of the Convention is not necessarily restricted to the national territory of the High Contracting Parties" (es. *Loizidou v. Turkey*). Essa aggiunge che "in exceptional circumstances the acts of Contracting States performed outside their territory, or which produce effects there, may amount to exercise by them of their jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention". In particolare, "... a State's responsibility may be engaged where, as a consequence of military action – whether lawful or unlawful – it exercises in practice effective control of an area situated outside its national territory..." (para. 314). In dettaglio sull'argomento, cfr., C. L. ROZAKIS, *The territorial scope of human rights obligations: the case of the European Convention on Human Rights*, in *The status of international treaties on human rights*, in *Collection Science and technique of democracy*, cit., p. 55 ss.; M. GONDEK, *Extraterritorial application of the European Convention on Human Rights: territorial focus in the age of globalization?*, in *Neth. Int'l L. R.*, LII, 2005, pp. 349-387; I. PETCULESCU, *Droit International de la responsabilité et droits de l'homme. A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 juillet 2004 dans l'affaire Ilașcu et autres c. la République de Moldova et la Fédération de Russie*, in *RGDIP*, 2005/3, pp. 581-607; R. LAWSON, *Life after Bankovic: on the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights*, in F. COOMANS, M. T. KAMMINGA, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, cit., pp. 83-123. Inoltre, con la decisione del 14 marzo 2006, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato inammissibile il ricorso (n. 23276/04) presentato da Saddam Hussein contro ventuno Paesi europei (tra cui l'Italia) chiamati a rispondere di una serie di presunte violazioni della CEDU (segnatamente, il ricorrente lamentava la violazione degli artt. 2, 3, 6 della CEDU e l'art. 1 del Protocollo n. 6 della Convenzione, in ordine al proprio arresto, detenzione e seguente consegna alle autorità irachene). In particolare, egli riteneva che la giurisdizione e la responsabilità per la violazione dei propri diritti erano imputabili ai

colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione (art.14)²³¹. Se la norma appena richiamata limita la propria applicabilità ai diritti e alle libertà previsti dalla CEDU, l'art. 1 del Protocollo n. 12 alla Convenzione²³², che rappresenta il nucleo sostanziale di questo documento, estende la portata del principio di non-discriminazione a tutti i diritti riconosciuti dalla legge, ciò è facilmente ravvisabile peraltro nella sua denominazione ("general prohibition of discrimination"). In particolare la norma recita: "the enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status" (art. 1). La norma, dunque, intende superare la rigidità dell'art. 14 CEDU assicurando il godimento di "tutti" i diritti, anche quelli non espressamente previsti dal trattato ma riconosciuti negli ordinamenti nazionali. Inoltre, la norma in questione chiarisce un altro aspetto sinora in parte trascurato, ossia la tutela dei diritti individuali dagli atti delle pubbliche autorità. Si legge, infatti, che "no one shall be discriminated against by any public authority on any

21 Stati citati, poiché essi *de facto* continuavano a detenere il potere in Iraq. La Corte ha ritenuto che gli argomenti del ricorrente sulla giurisdizione e la responsabilità degli Stati citati non fossero in realtà stati provati. Infatti, i documenti delle Nazioni Unite prodotti come prova a sostegno della tesi di Saddam Hussein, non evidenziavano in alcun modo né il grado di responsabilità di ciascuno degli Stati citati per le violazioni in questione, né quale fosse il singolo ruolo di ciascuno di essi nella coalizione. Particolarmente interessante è, inoltre, l'affermazione della Corte secondo la quale il ricorrente non ha invocato alcun principio di diritto internazionale a sostegno della tesi secondo cui egli sarebbe stato sotto la giurisdizione di Stati che facevano presumibilmente parte di una coalizione con gli Stati Uniti. In realtà, secondo la Corte, le azioni lamentate da Saddam Hussein erano state compiute dagli Stati Uniti, in una zona che era militarmente sotto il loro comando generale. La Corte di Strasburgo ha quindi ritenuto inammissibile il ricorso perché non sussiste alcun legame giuridico tra il ricorrente e gli Stati convenuti, né è dimostrabile che egli sia caduto sotto la giurisdizione di tali Stati, in base all'art. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

²³⁰ Sulla giurisprudenza di Strasburgo in materia di discriminazione razziale si veda, A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004, p. 225 ss.

²³¹ Per un commento alla norma, v. A. SACCUCCI, *Il divieto di discriminazione nella Convenzione europea dei diritti umani: portata, limiti ed efficacia nel contrasto a discriminazioni razziali o etniche*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 3/2005, su <http://unionedirittumani.it/>; O. M. ARNARDÓTTIR, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, The Hague, 2003; R. BIN, *Divieto di discriminazione*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 409-423.

²³² Il Protocollo n. 12 è stato aperto alla firma il 4/11/2000 ed è entrato in vigore il 1° aprile 2005, su <http://conventions.coe.int>.

ground such as those mentioned in paragraph 1” (para. 2). L’intento sembra essere non tanto quello di imporre un obbligo positivo agli Stati nel senso di dover porre in essere misure volte a prevenire situazioni configurabili come discriminazioni nei confronti di privati, bensì quello di assicurare il godimento di tutti quei diritti specificatamente riconosciuti all’individuo dal diritto nazionale, di tutelare il privato da eventuali trattamenti discriminatori risultanti dall’esercizio di un potere pubblico discrezionale così come da qualunque atto od omissione delle pubbliche autorità.

I-2.1.2b La Convenzione americana sui diritti dell’uomo

Contrariamente agli strumenti precedentemente analizzati, la Convenzione americana sui diritti dell’uomo (CADU)²³³, prevede un catalogo piuttosto esaustivo delle cause di discriminazioni che preclude qualsiasi tentativo volto ad estenderne la portata, specie con riferimento alla nazionalità²³⁴. Gli Stati contraenti si impegnano “to respect the rights and freedoms recognized and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reason of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition” (art.1.1)²³⁵, dove con il termine “person” si intende “every human being”

²³³ La Convenzione americana è stata firmata a San José di Costa Rica il 22 novembre 1969 ed è entrata in vigore il 18 luglio 1978, pubblicata in *O.A.S. Treaty Series* n. 36, *UNTS* 123. Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani si fonda sulla competenza di due organi: la Commissione interamericana per i diritti umani e la Corte interamericana dei diritti dell’uomo. Per quanto riguarda le funzioni della Commissione, occorre precisare che esse possono avere finalità di promozione, oppure lo scopo di sorvegliare il rispetto dei diritti umani. Tra le prime vengono annoverati i seminari, le conferenze, gli studi e i rapporti svolti al fine di promuovere la difesa dei diritti umani, nonché la facoltà di consultare la Corte per l’interpretazione della Convenzione americana e degli altri strumenti americani sui diritti umani. La funzione di protezione, invece, è caratterizzata da quelle azioni volte alla prevenzione e alla riparazione delle violazioni dei diritti umani; tra le quali, richiedere agli Stati informazioni relative alle misure adottate; condurre inchieste in loco con il consenso dello Stato membro; ricevere petizioni individuali, fare raccomandazioni agli Stati e chiedere alla Corte di adottare le misure necessarie ad evitare danni irreparabili alle persone. La Corte interamericana è il principale organo giudiziario del sistema istituito nell’ambito della Convenzione ma competente a svolgere anche alcune funzioni in conformità alla Carta dell’Organizzazione degli Stati Americani e ad altri strumenti sui diritti umani. La Corte è incaricata di assicurare che gli Stati adempiano ai loro obblighi e di interpretare ed applicare la Convenzione. A tal fine, essa svolge due funzioni: una giudiziaria e l’altra consultiva. In dottrina per dettagli sul meccanismo di controllo americano, v. A. DI STASI, *Il sistema americano dei diritti umani*, Torino, 2004; C. ZANGHÌ, *La Convenzione interamericana dei diritti dell’uomo*, in *CI*, 1970, p. 266 ss.; H. GROS-ESPIELL, *Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l’homme*, in *RCADI*, 1976, II, vol. 145, p. 1 ss.

²³⁴ Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant workers in International Human Rights Law*, cit., p. 66.

²³⁵ V. anche gli artt. 3(1) e 17 della Carta dell’Organizzazione degli Stati Americani (OAS Charter), in cui si afferma che gli Stati americani proclamano i diritti fondamentali dell’individuo

(art. 1.2). In dottrina, si è sottolineato che la CADU non subordina il riconoscimento dei diritti fondamentali allo *status* di cittadino di un determinato Stato, bensì all'essenza stessa della persona umana²³⁶.

I-2.1.2c La Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e la Carta araba dei diritti dell'uomo

Se la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli²³⁷ non presenta alcuna novità in tal senso rispetto al testo convenzionale americano²³⁸, al contrario, la nuova Carta araba dei diritti dell'uomo contiene interessanti modifiche a riguardo rispetto al documento del 1994²³⁹. Il nuovo testo, infatti, dopo aver enunciato l'impegno da parte degli Stati contraenti di “garantir à tout individu relevant de sa juridiction le

senza distinzione di razza, nazionalità, credo, o sesso; (...) ogni Stato ha il diritto di sviluppare la propria vita culturale, politica, ed economica liberamente e naturalmente; (...) in questo libero sviluppo, lo Stato rispetterà i diritti dell'individuo e i principi di moralità universale.

²³⁶ Cfr. B. NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, cit., p. 172.

²³⁷ La Carta africana è stata adottata a Nairobi il 28 giugno 1981 dalla Conferenza dei Capi di Stato e di Governo dell'Organizzazione dell'Unità Africana, ed è entrata in vigore il 21 ottobre 1986. Il testo tradotto in lingua italiana è consultabile sul sito www.centrodirittiumani.unipd.it. In dottrina, M. C. MAFFEI, *I meccanismi di controllo nel sistema africano di tutela dei diritti umani*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, cit., p. 375 ss.; C. ZANGHÍ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 413; A. SACCUCCI, *Il Protocollo istitutivo della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli: un primo confronto con le altre Corti regionali*, in *RDI*, 2004, p. 1036 ss.; E. DE WET, *The protectionn mechanism under the African Charter and the Protocol on African Court of Human rights and Peoples'Rights*, in G. ALFREDSSON, J. GRIMHEDEN, B. G. RAMCHARAN, A. DE ZAYAS(eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanism*, cit., p. 713 ss.; K. MBAYE, *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, 1992.

²³⁸ L'art. 2 stabilisce che “ogni persona ha diritto al godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti e garantiti nella presente Carta senza alcuna distinzione, in particolare senza distinzione di razza, sesso, etnia, colore, lingua, religione, opinione politica o qualsiasi altra opinione, di origine nazionale o sociale, di fortuna, di nascita o di qualsiasi altra situazione”.

²³⁹ La prima versione del testo della Carta araba è stata adottato con ris. 5427 del 15 settembre 1994 dal Consiglio della Lega degli Stati Arabi dopo un lungo periodo di gestazione, senza tuttavia entrare mai in vigore. Al termine delle prime due sessioni straordinarie (18-26 giugno 2003 e 1-12 ottobre 2003), la Commissione permanente dei diritti dell'uomo della Lega, incaricata di rivedere il contenuto della Carta alla luce di un processo di modernizzazione promosso dallo stesso Consiglio (res. n. 6089 del 12-03-2001, n. 6184 del 10-03-2002, n. 6243 del 5-09-2002, n. 6302 del 24-03-2003 e n. 6355 del 9-09-2003), elaborava una nuova Carta in seguito adottata dal Consiglio della Lega durante la sua centotunesima sessione. Durante una riunione complementare alla sua seconda sessione straordinaria (4-15 gennaio 2004), la Commissione ha elaborato un progetto di Carta araba dei diritti dell'uomo che è stato approvato definitivamente dal Consiglio della Lega il 23 maggio 2004. Sul carattere innovativo della Carta araba così come modificata nel 2004, v. S. AMADINI, *Dalla Dichiarazione dei diritti umani in Islam alla nuova Carta araba dei diritti umani*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, cit., p. 699 ss.; C. ZANGHÍ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 461 ss.; R. BEN ACHOUR, *La nouvelle Charte Arabe des Droits de l'Homme: instrument international*, in C. ZANGHÍ, R. BEN ACHOUR, *La nouvelle Charte Arabe des Droits de l'Homme. Dialogue italo-arabe*, Actes de la Table Ronde italo-arabe du 17-18 décembre 2004 (Messina), Torino, 2005, p. 21-32.

droit de jouir des droits et des libertés énoncés dans la présente Charte sans distinction aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la croyance religieuse, l'opinion, la pensée, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou le handicap physique ou mental" (art. 3.1), precisa che "les États parties à la présente Charte prennent les mesures requises pour garantir l'égalité effective dans l'exercice de tous les droits et de toutes les libertés consacrés par la présente Charte, de façon à assurer une protection contre toutes les formes de discrimination fondées sur l'un quelconque des motifs mentionnés au paragraphe précédent" (art. 3.2). Infine, la nuova Carta araba, attribuendo rilevanza propria al principio di non-discriminazione tra uomo e donna, impone agli Stati di "...prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir la parité des chances et l'égalité effective entre l'homme et la femme dans l'exercice de tous les droits" ivi enunciati (art. 3.3).

I-2.2 Deroche e restrizioni ai diritti fondamentali

Se è vero che i diritti umani sono inalienabili, fondamentali e universali, in quanto riconosciuti a tutti gli esseri umani senza distinzione alcuna, tuttavia ciò non significa che essi siano "assoluti"²⁴⁰. Premesso, infatti, che essi debbano poter essere esercitati nel rispetto dei diritti altrui, in alcune circostanze e nei limiti prescritti dal diritto internazionale, i singoli Stati possono decidere di derogarvi²⁴¹ o limitarne l'esercizio nell'interesse nazionale. Nel primo caso, agli Stati viene riconosciuta la

²⁴⁰ Cfr. F. POCAR, *Tutela dei diritti fondamentali e livelli di protezione nell'ordinamento internazionale*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, p. 6 ss.; G. S. GOODWIN-GILL, *Migration: International Law and Human Rights*, in B. GHOSH (ed.), *Managing Migration: Time for a New International Regime*, Oxford, 2000, p. 166.

²⁴¹ Sui principi di diritto internazionale che governano le situazioni di deroga, v. D. SHELTON, *Are there differentiations among human rights? Jus Cogens, core human rights, obligations erga omnes and non-derogability*, cit., p. 181 ss.; C. BEYANI, *Human Rights Standards and the Free Movement of People Within States*, Oxford, 2000, p. 132 ss. Più in generale sulle deroghe e le restrizioni ai diritti fondamentali, cfr., A. F. BAYEFSKY (ed.), *Human rights and refugees, internally displaced persons and migrant workers*, cit., p. 226 ss.; I. VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in *RDI*, 4/2005, p. 955 ss. L'esercizio della facoltà di deroga da parte degli Stati incontra un limite nei diritti c.d. "inderogabili", ossia il diritto alla vita (di cui nessuno può essere arbitrariamente privato), il divieto di genocidio, schiavitù, discriminazione razziale, trattamenti inumani e degradanti, il divieto di essere punito per una azione od omissione che non costituisca reato al momento in cui è stata commessa, l'uguaglianza davanti alla legge, libertà di coscienza, pensiero e religione. Per una esaustiva trattazione sulle principali norme internazionali che tutelano i diritti c.d. "inderogabili", v. C. TIBURCIO, *The human rights of alien under international and comparative law*, cit., p. 80 ss.

facoltà di sospendere la garanzia dei diritti previsti nei trattati di cui sono parte, ad eccezione di alcuni, quando ciò sia necessario per far fronte a situazioni di emergenza nel rispetto degli altri obblighi internazionali. L'art. 4.1 del PIDCP, ad esempio, nell'autorizzare misure di deroga "in caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione..."²⁴², precisa la necessità che queste non siano incompatibili con gli altri obblighi imposti agli Stati dal diritto internazionale e non comportino discriminazioni fondate unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'origine sociale²⁴³. In questo caso siamo di fronte ad un elenco tassativo che non prevede alcuna condizione complementare (ad esempio, discriminazioni in base alla nazionalità), pertanto *a fortiori* misure di deroghe discriminatorie a danno degli stranieri in situazioni di emergenza possono essere ritenute lecite, purché rispettino i criteri della ragionevolezza e della proporzionalità²⁴⁴. Il secondo comma precisa, altresì, che nessuna deroga sarà autorizzata nei confronti di quelle disposizioni che tutelano il diritto alla vita (art. 6), che proibiscono la tortura, i trattamenti inumani e degradanti (art. 7), la schiavitù e la servitù (art. 8, comma 1 e 2), la detenzione per inadempienza contrattuale (art. 11)²⁴⁵, l'irretroattività dei reati (art. 15), che riconoscono la personalità giuridica di ciascun individuo (art. 16), infine che garantiscono la libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 18)²⁴⁶. Si tratta di

²⁴² Come ha osservato il CDU, le misure di deroga devono essere di natura eccezionale e temporanea, e devono, inoltre, essere invocate in presenza di due condizioni fondamentali: nel caso in cui la situazione rappresenti un'emergenza pubblica in grado di minacciare la vita della nazione, e gli Stati parti abbiano proclamato ufficialmente lo stato di emergenza. General Comment n. 29 *States of emergency*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 del 31/08/2001, para. 2. L'art. 4 del PIDCP subordina l'esercizio del diritto di deroga al rispetto di talune condizioni procedurali. Il paragrafo 3 precisa che: "gli Stati parti...che si avvalgono del diritto di deroga devono informare immediatamente, tramite il Segretario Generale delle Nazioni Unite, gli altri Stati parti del presente Patto sia delle disposizioni alle quali hanno derogato sia dei motivi che hanno provocato la deroga...".

²⁴³ Cfr. l'art. 15 CEDU; l'art. 27 della Convenzione americana sui diritti umani e l'art. 4 lett. *a* della nuova Carta araba dei diritti dell'uomo.

²⁴⁴ È opportuno, inoltre, verificare se sia giustificato dall'emergenza stessa il fatto di imporre simili restrizioni ai soli stranieri, cfr. I. VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, cit., p. 986.

²⁴⁵ La Convenzione ONU sui diritti dei lavoratori migranti riconosce a tutti i lavoratori migranti e ai membri delle loro famiglie, il diritto di non essere "imprigionato per la sola ragione di non aver adempiuto ad un obbligo contrattuale" (art. 20). Il divieto di pena detentiva per inadempimento di obbligazioni contrattuali è previsto, altresì, dall'art. 1 del Protocollo n. 4 CEDU.

²⁴⁶ In ambito regionale, la CEDU non autorizza, ai sensi dell'art. 15.2, alcuna deroga agli articoli 2 (diritto alla vita), salvo che per il caso di morte risultante da atti di guerra conformi alle convenzioni internazionali, 3 (divieto di tortura), 4.1 (divieto di schiavitù) e 7 (nulla poena sine lege); la Convenzione americana all'art. 27 chiarisce che alcuna sospensione o deroga sarà autorizzata con

un nucleo di disposizioni “inderogabili”, la cui natura imperativa, impedisce ai singoli Stati di invocare quanto stabilito nell’art. 4.1 a giustificazione di eventuali violazioni dei diritti fondamentali in questione²⁴⁷.

Accanto alle situazioni eccezionali che legittimerebbero misure di deroga da parte degli Stati (ad esempio, lo stato di emergenza)²⁴⁸, il Patto consente di sottoporre a restrizione, limitandone così il godimento, purché siano stabilite dalla legge e siano necessarie in una società democratica nell’interesse della sicurezza nazionale, dell’ordine pubblico, della tutela della salute e della morale pubbliche o degli altrui diritti e libertà, alcuni diritti e libertà fondamentali²⁴⁹. Tra questi, la libertà di espressione (art. 19.3), il diritto di riunione pacifica (art. 21), il diritto di associarsi liberamente, di costituire sindacati e di aderirvi per la tutela dei propri interessi (art.

riferimento agli artt. 3, 4, 5, 6, 9, 12, 17, 18, 19, 20, e 23; mentre la nuova Carta araba dei diritti dell’uomo non autorizza deroghe in caso di situazioni di emergenza eccezionali, agli artt. 5, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 22, 27, 28, 29 e 30.

²⁴⁷ Il CDU ha indicato una serie di diritti che potrebbero rientrare nell’elenco di cui all’art. 4 poiché garantiti dal diritto internazionale generale. Tra questi, il diritto dei detenuti ad un trattamento umano e dignitoso, il divieto della presa di ostaggi e di deportazione o trasferimento forzato della popolazione, il divieto di propaganda a favore della guerra e di incitamento all’odio nazionale, razziale e religioso, nonché taluni aspetti fondamentali della protezione delle minoranze. CDU *General Comment n. 29*, paras. 12-13.

²⁴⁸ Con riferimento alla libertà di movimento (art. 12 PIDCP), il CDU riconosce che “deportation or forcible transfer of population without grounds permitted under international law, in the form of forced displacement by expulsion or other coercitive means from the area in which the persons concerned are lawfully present, constitutes a crime against humanity”; pertanto, “the legitimate right to derogate from art. 12 of the Covenant during a state of emergency can never be accepted as justifying such measures”. CDU *General Comment n. 29*, cit., para. 13 lett. d.

²⁴⁹ Con riferimento alla Convenzione ONU sui lavoratori migranti, le norme che consentono delle restrizioni ai diritti ivi previsti stabiliscono che tali misure debbano essere previste dalla legge e necessarie alla sicurezza nazionale, all’ordine pubblico, alla tutela della salute o della morale pubbliche, gli altrui diritti e libertà. Tra queste: la libertà di movimento (artt. 8-39); il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 12); e il diritto di partecipare alle attività sindacali e di aderire ai sindacati (artt. 26-40). In ambito regionale, la CEDU vieta qualunque restrizione all’esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), della libertà di pensiero, coscienza, religione (art. 9), di espressione (art. 10) di riunione e di associazione (art. 11), che non sia stabilita dalla legge e che non sia necessaria, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla sicurezza pubblica, all’ordine pubblico, o alla tutela della salute o della morale pubbliche o gli altrui diritti e libertà. La CEDU, precisa, altresì, che le limitazioni autorizzate nei confronti dei diritti e delle libertà in essa riconosciuti, “non possono essere applicate che per lo scopo per il quale sono state previste” (art. 18). Nella stessa direzione convergono alcune disposizioni della Convenzione americana, tra queste: l’art. 12.3 (libertà di manifestazione del credo religioso); l’art. 15 (diritto di riunione pacifica), l’art. 16 (diritto di associazione), l’art. 22 par. 1 e 2 (diritto di ogni persona, legalmente presente nel territorio di uno Stato, di muoversi al suo interno e di scegliere la residenza nel territorio medesimo e diritto di ogni persona di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio). Il testo della nuova Carta araba dei diritti dell’uomo consente limitazioni o restrizioni previste dalla legge nei confronti: del diritto di praticare liberamente un’attività pubblica, di candidarsi alle elezioni, di accedere alle altre funzioni pubbliche, di associazione, di riunione pacifica (art. 24); della libertà di

22.2), il diritto di ogni individuo, legalmente presente nel territorio di uno Stato, alla libertà di movimento e alla libertà di scelta della residenza nel territorio medesimo (art. 12.1), o il diritto di ogni individuo di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio (art. 12.2). Avremo modo di soffermarci sulla portata ed i limiti delle eventuali restrizioni alla libertà di movimento nel paragrafo successivo.

In sintesi, deroghe e restrizioni rappresenterebbero delle modalità di bilanciamento, necessarie e proporzionate, tra gli interessi individuali e le esigenze complessive della società²⁵⁰, ovvero tra le garanzie previste in favore del singolo dagli strumenti convenzionali e la salvaguardia della sicurezza nazionale²⁵¹.

I-2.3 Nozione e contenuto del diritto alla libertà di movimento

Accanto ai diritti fondamentali propri di ciascun essere umano, gli strumenti internazionali sopra citati prevedono una serie di disposizioni che interessano particolarmente la categoria dei migranti. Prima fra tutte, la norma che sancisce il diritto umano alla libertà di movimento²⁵². Quest'ultima appare connotata sia da un aspetto esterno (il diritto di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio), sia da un

pensiero, coscienza e religione (art. 30); del diritto all'informazione e alla libertà di espressione (art. 32); al diritto di costituire un sindacato o di aderirvi (art. 35).

²⁵⁰ In particolare sul principio di proporzionalità che regola il potere sovrano dello Stato rispetto alla tutela dei diritti sanciti nella CEDU, v. E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, p. 39 ss.

²⁵¹ Nonostante il carattere transnazionale dei diritti umani e dei differenti sistemi di protezione, l'espansione e la restrizione degli stessi, ed in particolare dei diritti dei migranti, continuano ad essere determinate da ogni singolo Stato in virtù di un interesse generale da tutelare (sia che si tratti di sicurezza nazionale che di ordine pubblico). Come conciliare, dunque, l'intramontabile "potere" dello Stato-Nazione con il diffondersi di fenomeni transnazionali (v. le migrazioni internazionali) che rappresenterebbero l'emergere di una società "post-nazionale"? Cfr., L. MORRIS, *Managing Contradiction: Civic Stratification and Migrants' Rights*, in *IMR*, vol. 37(1), 2003, pp. 74-100.

²⁵² In generale sul punto, V. CHETAIL, *Freedom of Movement and transnational migrations: A human rights perspective*, in T. A. ALEINIKOFF, V. CHETAIL (eds), *Migration and International Legal Norms*, cit., p. 47 ss. Negli ultimi cinquanta anni, le NU hanno dedicato grande attenzione al diritto in questione, in particolare nel 1953 la Sotto Commissione sulla prevenzione della discriminazione e sulla protezione dei diritti umani dei minori ha commissionato uno studio sulla discriminazione relativa alla libertà di movimento. Dieci anni più tardi il giudice Josè D. Inglés consegna un approfondito "Study on discrimination in respect of the right of everyone to leave any country and to return to his Country" (E/CN.4/Sub.2/220/Rev.1). A questo seguirono gli studi dei relatori speciali C.L.C. Mubanga-Chipoya "Analysis of the current trends and development regarding the right to leave any country including one's own, and to return to one's own country, and some other rights or consideration arising therefrom" (E/CN.4/Sub.2/1988/35) e V. Boutkevitch "Working paper on the right to freedom of movement and related issues" (E/CN.4/Sub.2/1997/22). Il diritto di lasciare il proprio Paese senza alcuna menzione al diritto al ritorno, è previsto dalla Dichiarazione ONU sui diritti umani degli individui che non sono cittadini dello Stato in cui vivono (art. 5.2). Esistono, inoltre, altre due dichiarazioni sui diritti in questione adottata l'una in occasione di un incontro tenutosi a Uppsala (Svezia) nel 1972, l'altra, la Dichiarazione di Strasburgo, adottata nel 1986 nel corso di un meeting di esperti.

aspetto interno (il diritto di ognuno di spostarsi liberamente all'interno del territorio di uno Stato di cui si è cittadini o residenti)²⁵³; entrambi costituiscono precondizioni essenziali al pieno esercizio di qualunque altro diritto individuale²⁵⁴.

Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, occorre precisare che in alcuni casi gli strumenti internazionali tendono a riconoscere la libertà di movimento e il diritto di residenza all'interno dei confini nazionali a qualunque individuo indipendentemente dal proprio *status* (cittadino o straniero, regolare o irregolare)²⁵⁵, altri invece, garantiscono tale diritto esclusivamente a chiunque si trovi legalmente sul territorio dello Stato (cittadini o stranieri regolari)²⁵⁶. In particolare, con riferimento all'esercizio della libertà di movimento e del diritto di residenza da parte dei cittadini o di chiunque si trovi legalmente sul territorio di uno Stato, il CDU ha precisato che “an alien who entered the State illegally, but whose status has been regularized, must be considered to be lawfully within the territory for the purposes of article 12”²⁵⁷. Pertanto a chiunque si trovi legalmente sul territorio dello Stato

²⁵³ LILLICH ha affermato che il diritto alla libertà di movimento all'interno di uno Stato non è ancora entrato a far parte del diritto generale, al contrario il diritto di abbandonare qualunque Paese compreso il proprio e il diritto al ritorno sembrano ben consolidati a livello convenzionale e forse anche consuetudinario. *Civil rights* in T. MERON (ed.), *Human Rights in International Legal Policy Issues*, vol. 1/1984, p. 115 e 133 citato in B. SIMMA, P. ALSTON, *The sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles*, in P. ALSTON (ed.), *Human Rights Law*, Dartmouth, 1996, p. 14 ss.

²⁵⁴ Cfr. C. BEYANI, *Human Rights Standards and the Free Movement of People Within States*, cit., p. 3.

²⁵⁵ A titolo di esempio, l'art. 13.1 della DU in cui si afferma che “ogni individuo ha diritto alla libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni Stato” (corsivo nostro). In tal senso, giova menzionare l'art. 5 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale secondo cui “... gli Stati si impegnano ad eliminare la discriminazione razziale in tutte le sue forme ..., in particolare nel godimento ... del diritto di circolare liberamente e di scegliere la propria residenza all'interno dello Stato” (lett. i).

²⁵⁶ A riguardo, rilevano l'art. 5.3 della Dichiarazione ONU sui non-cittadini che riconosce agli stranieri *legalmente* presenti sul territorio di uno Stato, la libertà di movimento e la libertà di scelta della residenza all'interno dei confini statali; l'art. 12.1 del PIDCP, secondo cui “ogni individuo che si trovi *legalmente* nel territorio di uno Stato ha diritto alla libertà di movimento e alla libertà di scelta della residenza in quel territorio; l'art. 2.1 del Protocollo n. 4 CEDU che riconosce a “chiunque si trovi *regolarmente* nel territorio di uno Stato, il diritto di circolarvi liberamente e di sceglierli liberamente la propria dimora”; l'art. 39.1 della Convenzione ONU del 1990 riconosce ai lavoratori migranti e ai membri delle loro famiglie, *in situazione regolare*, il diritto di circolare liberamente sul territorio dello Stato di impiego e di sceglierli liberamente la propria residenza (corsivo nostro).

²⁵⁷ CDU General Comment n. 27 *Freedom of movement*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 del 2/11/1999, para. 4.

verrà riconosciuto il diritto di risiedere nel territorio medesimo, salvo le restrizioni previste dall'art. 12.3²⁵⁸.

La libertà di movimento, colta nel suo aspetto esterno, comprende due diritti interdipendenti: il diritto di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio (altrimenti detto, diritto all'emigrazione), e il diritto di far ritorno in quello di origine, entrambi enunciati in una serie di strumenti internazionali²⁵⁹.

Per quanto riguarda il primo, occorre precisare in primo luogo che esso viene riconosciuto a tutti gli individui, pertanto lo *status* giuridico di straniero è irrilevante e il godimento di tale diritto non è condizionato alla regolarità del soggiorno sul territorio dello Stato parte²⁶⁰. In secondo luogo, il diritto in questione copre sia gli spostamenti di breve durata (es. viaggio) sia le partenze per lunghi periodi di tempo (es. emigrazione)²⁶¹. Inoltre, il suddetto diritto determina sia un obbligo *negativo* in capo agli Stati, i quali non devono impedire l'abbandono del proprio territorio, sia un obbligo *positivo* laddove prevede implicitamente che gli stessi Stati rilascino i relativi documenti di viaggio. In tal senso, il CDU precisa che “since international travel usually requires appropriate documents, in particular a passport, the right to leave a country must include the right to obtain the necessary travel documents. The issuing of passports is normally incumbent on the State of nationality of the

²⁵⁸ “I suddetti diritti non possono essere sottoposti ad alcuna restrizione, tranne quelle che siano previste dalla legge, siano necessarie per proteggere la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la salute o la moralità pubbliche, ovvero gli altrui diritti e libertà e siano compatibili con gli altri diritti riconosciuti nel presente Patto” (art. 12.3).

²⁵⁹ In particolare, l'art. 13.2 della DU (“ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese”), gli artt. 12.2 e 12.4 (“ogni individuo è libero di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio”; “... nessuno può essere arbitrariamente privato del diritto di entrare nel proprio Paese”) del PIDCP, l'art. 5 lett. ii della CDR che riconosce senza discriminazione fondata sulla razza “... il diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di tornare nel proprio paese”, e l'art. 8 (paras. 1 e 2) della Convenzione ONU del 1990 (“i lavoratori migranti e i membri della loro famiglia sono liberi di lasciare tutti gli Stati, ivi compreso quello di origine; ... hanno il diritto in qualunque momento di rientrare e dimorare nel loro Stato di origine”), gli artt. 2.2 e 3.2. (“ognuno è libero di lasciare qualsiasi paese, compreso il proprio”; “... nessuno può essere privato del diritto di entrare nel territorio dello Stato di cui è cittadino”) del Protocollo n. 4 CEDU.

²⁶⁰ “... As the scope of article 12, paragraph 2, is not restricted to persons lawfully within the territory of a State, an alien being legally expelled from the country is likewise entitled to elect the State of destination, subject to the agreement of that State”. CDU General Comment n. 27, cit., para. 8.

²⁶¹ Questo è quanto affermato dal CDU, “freedom to leave the territory of a State may not be made dependent on any specific purpose or on the period of time the individual chooses to stay outside the country. Thus travelling abroad is covered, as well as departure for permanent emigration. Likewise, the right of the individual to determine the State of destination is part of the legal guarantee”. General Comment n. 27, cit., para. 8.

individual. The refusal by a State to issue a passport or prolong its validity for a national residing abroad may deprive this person of the right to leave the country of residence and to travel elsewhere”²⁶².

Infine, la libertà di movimento non può essere considerata un diritto assoluto²⁶³, in quanto, salvo poche eccezioni²⁶⁴, i principali trattati sui diritti umani prevedono possibili restrizioni purché siano previste dalla legge e siano necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all’ordine pubblico, alla tutela della salute e della morale pubbliche o agli altrui diritti e libertà²⁶⁵. In particolare, il CDU ha provveduto a definire delle dettagliate linee guida in ordine alla possibilità di imporre restrizioni ai diritti garantiti dal PIDCP in conformità all’art. 12.3²⁶⁶. In tal senso, afferma che “States should always be guided by the principle that the restrictions must not impair the essence of the right (...); the relation between right and restriction, between norm and exception, must not be reversed. The laws authorizing the application of restrictions should use precise criteria and may not confer unfettered discretion on those charged with their execution”²⁶⁷. Inoltre, “...it is not sufficient that the restrictions serve the permissible purposes; they must also be necessary to protect them. Restrictive measures must conform to the principle of proportionality; they must be appropriate to achieve their protective function; they

²⁶² CDU *General Comment n. 27*, cit., para. 9.

²⁶³ Cfr. T. A. ALEINIKOFF., *International Legal Norms and Migration: A Report*, in T. A. ALEINIKOFF., V. CHETAIL (eds), *Migration and International Legal Norms*, cit., p. 10; G. S. GOODWIN-GILL, *Migration: International Law and Human Rights*, cit., p. 170.

²⁶⁴ E’ questo il caso della DU (art. 13) e della nuova Carta araba dei diritti dell’uomo (art. 26 lett. a) che riconoscono il diritto *de quo* senza menzionare alcuna restrizione al relativo godimento ed esercizio.

²⁶⁵ V. in ambito globale, l’art. 12.3 PIDCP, l’art. 5 CDR, l’art. 10.2 della Convenzione sui diritti del fanciullo; in ambito regionale, l’art. 18.4 CSER, in base al quale le Parti contraenti “recognize the rights of their nationals to leave the country to engage in a gainful occupation in the territories of the other Contracting Parties”, l’art. 22.3 della CADU, l’art. 12.2 della Carta africana sui diritti dell’uomo e dei popoli, l’art. 2.3 del Protocollo n. 4 CEDU prevede tra gli scopi di interesse pubblico che legittimano l’applicazione di restrizioni ai diritti necessarie in una società democratica, oltre a quelli indicati nel PIDCP, la sicurezza pubblica e la prevenzione dei reati penali; con riferimento agli strumenti che si rivolgono direttamente ai soggetti migranti, l’art. 5.2 della Dichiarazione ONU sui diritti dei non-cittadini, l’art. 8 della Convenzione ONU sui lavoratori migranti, l’art. 4.1 della Convenzione europea sullo *status* dei lavoratori migranti, che garantiscono ai migranti il diritto di lasciare lo Stato parte di cui essi sono cittadini.

²⁶⁶ Nel caso *Celepli c. Svezia*, il CDU ha stabilito che la Svezia, limitando la libertà di movimento e il diritto di scegliere una dimora all’interno del proprio territorio di un cittadino turco, sospettato di avere preso parte ad attività terroristiche, ha agito legittimamente in conformità alle eccezioni prescritte dall’art. 12.3 del Patto che attengono a ragioni di ordine pubblico e sicurezza nazionale (RUDH 395, 1994).

²⁶⁷ CDU *General Comment n. 27*, cit., para. 13.

must be the least intrusive instrument amongst those which might achieve the desired result; and they must be proportionate to the interest to be protected”²⁶⁸. Il principio di proporzionalità, afferma il Comitato, “has to be respected not only in the law that frames the restrictions, but also by the administrative and judicial authorities in applying the law”, e gli Stati dovrebbero assicurare che “any proceedings relating to the exercise or restriction of these rights are expeditious and that reasons for the application of restrictive measures are provided”²⁶⁹. Con riferimento all’attuazione delle restrizioni in esame, il Comitato ritiene che esse debbano “be based on clear legal grounds and meet the test of necessity and the requirements of proportionality”²⁷⁰, e “...be consistent with the other rights guaranteed in the Covenant and with the fundamental principles of equality and non-discrimination. Thus, it would be a clear violation of the Covenant if the rights enshrined in article 12, paragraphs 1 and 2, were restricted by making distinctions of any kind, such as on the basis of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status...”²⁷¹. In verità, le restrizioni costituiscono parte di una struttura legale che intende non solo proteggere alcuni diritti fondamentali, ma anche salvaguardare, l’ordine e la salute pubblici. Ad esempio, la possibilità per uno Stato territoriale di imporre restrizioni alla libertà di movimento al suo interno o verso l’esterno per ragioni che attengono strettamente alla sicurezza nazionale, ancorché legittima, non deve inficiare il godimento degli altri diritti individuali; ciò vale sia nei confronti dei cittadini (tenuto conto del fatto che uno Stato può decidere di impedire l’abbandono del proprio territorio, per esempio, da parte di criminali sotto processo, o anche di chi cerca di sottrarsi all’adempimento di obblighi civili), che dei migranti nei casi in cui venga negato loro l’ingresso per una delle ragioni su menzionate.

²⁶⁸ *Ivi*, para 14.

²⁶⁹ *Ivi*, para 15.

²⁷⁰ *Ivi*, para 16.

²⁷¹ *Ivi*, para 18. Con riferimento alla condizione di straniero, il Comitato precisa che “once an alien is lawfully within a territory, his freedom of movement within the territory and his right to leave that territory may only be restricted in accordance with article 12, paragraph 3. Differences in treatment in this regard between aliens and nationals, or between different categories of aliens, need to be justified under article 12, paragraph 3. Since such restrictions must, *inter alia*, be consistent with the other rights recognized in the Covenant, a State party cannot, by restraining an alien or deporting him to a third country, arbitrarily prevent his return to his own country (art. 12, para. 4)”. *CDU General Comment n. 15*, cit., para. 8.

Il diritto in questione, rischierebbe di essere “incompleto” se non venisse riconosciuta ai singoli la possibilità, una volta abbandonato il Paese di origine, di essere accettati in un altro Paese. Pertanto, l’effettivo esercizio del c.d. “right to leave” risulta essere strettamente dipendente dal diritto di entrare in un Paese altro rispetto a quello di appartenenza²⁷². Se tutto ciò è vero, tuttavia, il diritto internazionale (consuetudinario e pattizio) non riconosce un generale diritto di ingresso in uno Stato di cui non si è cittadini (tanto meno quello di risiedervi), poiché spetta allo Stato decidere se ammettere o meno sul proprio territorio uno straniero²⁷³. La prassi internazionale dimostra che gli Stati hanno di volta in volta attribuito, nei rispettivi ordinamenti, un diritto di immigrazione agli stranieri, configurando la loro ammissione sul territorio nazionale come un atto discrezionale condizionato agli interessi particolari e contingenti della comunità statale²⁷⁴. Il principio della libertà dello Stato in ordine all’ammissione degli stranieri nel proprio territorio è stato tradizionalmente ricondotto al concetto di sovranità territoriale assoluta, in base alla quale ciascuno Stato decide le modalità e i mezzi necessari al fine di proteggere le proprie prerogative nei confronti della comunità territoriale sottoposta al suo potere d’impero. In tal senso, il CDU osserva che il PIDCP non riconosce il diritto degli stranieri di entrare e risiedere nel territorio di uno Stato parte, poiché è compito dello Stato interessato decidere chi ammettere sul proprio territorio. Tuttavia, “in certain circumstances an alien may enjoy the protection of the Covenant even in relation to entry or residence, for example, when considerations of non-discrimination, prohibition of inhuman treatment and respect for family life arise...”²⁷⁵, e comunque, “once aliens are allowed to enter the territory of a State party they are entitled to the rights set out in the Covenant”²⁷⁶.

Ne discende che, l’inesistenza di un diritto di ingresso in uno Stato diverso da quello di origine, comportando la possibilità che gli individui una volta lasciato il

²⁷² Cfr. V. CHETAIL, *Freedom of Movement and transnational migrations: A human rights perspective*, cit., p. 57 ss.

²⁷³ A riguardo, v. K. DOEHRING, voce *Aliens, Admission*, in *EPIL*, vol. I, 1992, p. 107 ss.; M. NOVAK, *Civil and Political Rights*, in J. SYMONIDES (ed.), *Human rights: Concept and Standards*, UNESCO Publishing, 2000, pp. 86-87.

²⁷⁴ Sulla determinazione della portata del diritto di immigrazione, v. S. QUADRI, *Le migrazioni internazionali*, cit., p. 71 ss.

²⁷⁵ CDU *General Comment n. 15*, cit., para. 5.

²⁷⁶ *Ivi*, para. 6.

proprio Paese possano non essere ammessi in un altro Stato, impedirebbe loro di esercitare pienamente il c.d. “right to depart”, rendendolo assai “incompleto”.

I-2.3.1 Il diritto al ritorno e l'obbligo internazionale di riammissione

Contrariamente al diritto di lasciare qualsiasi Paese, riconosciuto sia ai cittadini che agli stranieri, il diritto al ritorno sembra essere condizionato al possesso della nazionalità come dimostrano alcune norme internazionali a vocazione regionale (tra cui l'art. 3.2 del Protocollo n. 4 CEDU e l'art. 22.5 CADU²⁷⁷) che consentono ai soli nazionali di rientrare liberamente nel proprio Paese di appartenenza²⁷⁸.

Sul piano universale, la DU (art. 13.2) e il PIDCP (art. 12.4) utilizzano l'espressione generale “his country/his own country”²⁷⁹, lasciando intendere, almeno *prima facie*, che il diritto al ritorno spetterebbe ai soli cittadini, o comunque agli individui legati da un particolare vincolo al Paese di destinazione²⁸⁰. A riguardo, tuttavia, il CDU ha avuto modo di chiarire che “the scope of *his own country* is broader than the concept “country of his nationality”. It is not limited to nationality in a formal sense, that is, nationality acquired at birth or by conferral; it embraces, at the very least, an individual who, because of his or her special ties to or claims in relation to a given country, cannot be considered to be a mere alien. This would be the case, for example, of nationals of a country who have there been stripped of their nationality in violation of international law, and of individuals whose country of nationality has been incorporated in or transferred to another national entity, whose nationality is being denied them. The language of article 12, paragraph 4, moreover, permits a broader interpretation that might embrace other categories of long-term

²⁷⁷ V. anche l'art. 27 lett. b della nuova Carta araba (2004) che stabilisce “nul ne peut être exilé de son pays ou privé du droit d'y retourner”. Benché l'espressione “son pays” compaia esplicitamente nella prima parte della disposizione che attiene al divieto di allontanamento, nulla lascia intendere che non possa essere riferita *anche* al “droit d'y retourner”.

²⁷⁸ Cfr. G. S. GOODWIN-GILL, *Migration: International Law and Human Rights*, cit., p. 167.

²⁷⁹ V. anche l'art. 5 lett. d (ii) della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale.

²⁸⁰ Il CDU ha espressamente affermato che “the right of a person to enter his or her own country recognizes the special relationship of a person to that country. The right has various facets. It implies the right to remain in one's own country. It includes not only the right to return after having left one's own country; it may also entitle a person to come to the country for the first time if he or she was born outside the country (for example, if that country is the person's State of nationality). The right to return is of the utmost importance for refugees seeking voluntary repatriation. It also implies prohibition of enforced population transfers or mass expulsions to other countries”. *General Comment* n. 27, cit., para. 19.

residents, including but not limited to stateless persons arbitrarily deprived of the right to acquire the nationality of the country of such residence”²⁸¹.

Il diritto al ritorno, contrariamente al diritto di abbandono, sembra essere meno soggetto alle classiche restrizioni, poiché, come ha osservato, il CDU, “... there are few, if any, circumstances in which deprivation of the right to enter one’s own country could be reasonable. A State party must not, by stripping a person of nationality or by expelling an individual to a third country, arbitrarily prevent this person from returning to his or her own country”²⁸². Dopo aver ribadito che nessuno può essere privato arbitrariamente del diritto di ingresso nel proprio Paese, il Comitato precisa che “the reference to the concept of arbitrariness in this context is intended to emphasize that it applies to all State action, legislative, administrative and judicial; it guarantees that even interference provided for by law should be in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and should be, in any event, reasonable in the particular circumstances ...”²⁸³.

A nostro avviso, il riconoscimento del diritto al ritorno ai cittadini previsto esplicitamente negli strumenti internazionali sui diritti umani deve essere letto alla luce del più generale obbligo di riammissione incombente sullo Stato di origine derivante dal diritto internazionale consuetudinario, ed in particolare, dalle norme sulla sovranità territoriale. Tuttavia, se da un lato, il diritto generale impone l’obbligo di riammettere sul proprio territorio un cittadino, dall’altro come osservato più volte lascia ciascuno Stato libero di decidere se ammettervi o meno uno straniero²⁸⁴. Ciò probabilmente rappresenta il motivo del mancato riconoscimento da parte delle convenzioni sui diritti umani di un diritto al ritorno agli stranieri. Occorre precisare, tuttavia, che il diritto internazionale pattizio non trascura tale questione. L’assenza di una norma consuetudinaria che imponga l’obbligo di riammettere sul proprio territorio gli stranieri, infatti, viene compensata dai numerosi accordi bilaterali di riammissione che consentono di estendere la portata di tale obbligo. Gli

²⁸¹ CDU *General Comment* n. 27, cit., para. 20.

²⁸² *Ivi*, para. 21.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ Se nei riguardi dei propri cittadini gli Stati non hanno mai negato l’esistenza di un loro obbligo in tema di riammissione, nel caso degli stranieri la situazione appare più complessa dal momento che la libertà statale di decidere di non riammettere tali soggetti sul proprio territorio discenderebbe dal più generale concetto di sovranità territoriale. Cfr., L. ALENI, *Flussi di rifugiati, diritto al ritorno e misure del Consiglio di Sicurezza*, in *CI*, 2/2006, pp. 316-319.

Stati contraenti, infatti, non solo si impegnano reciprocamente a riammettere i propri cittadini qualora siano stati oggetto di un provvedimento di espulsione in territorio straniero (consolidando così una prassi applicativa dell'obbligo consuetudinario), ma addirittura accettano di riammettere quei soggetti (apolidi o cittadini di Stati terzi) che presentino un chiaro collegamento con il territorio. In conclusione, la prassi normativa in tema di riammissione tende non soltanto al consolidamento di forme di cooperazione internazionale tese a combattere il fenomeno dell'immigrazione clandestina, ma anche all'effettiva applicazione di un obbligo consuetudinario che altrimenti rappresenterebbe una mera enunciazione di principio.

I-2.4 L'espulsione di stranieri e i limiti al potere statale

Come più volte ribadito, lo Stato può, sulla base di un potere discrezionale che discende dal più generale concetto di sovranità territoriale, decidere se ammettere o meno uno straniero sul proprio territorio autorizzandone la permanenza; esso può, inoltre, stabilire il termine della residenza legale o della sola presenza fisica irregolare dello straniero e, laddove lo ritenesse opportuno, disporre il suo allontanamento²⁸⁵. In caso di mancato abbandono, lo Stato ospitante può, attraverso particolari misure di espulsione²⁸⁶, obbligare lo straniero ad abbandonare il proprio territorio.

In assenza di una regola generale di diritto internazionale che disciplini l'ingresso, il soggiorno e la eventuale espulsione²⁸⁷ dei migranti, lo Stato esercita liberamente il proprio diritto, appartenente alla sfera della *domestic jurisdiction*, di ammettere sul proprio territorio e/o eventualmente espellere tali soggetti²⁸⁸. Non si

²⁸⁵ Sul tema, cfr., K. DOEHRING, voce *Aliens, Expulsion and Deportation*, in *EPIL*, vol. I, 1992, p. 109 ss.; e S. BORELLI, *Estradizione, espulsione e tutela dei diritti fondamentali*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, cit., pp. 724-751. In particolare sulla problematica in questione riferita al contesto europeo, v. B. NASCIMBENE, *Expulsion and Detention of aliens in the European Union Countries*, Milano, 2001.

²⁸⁶ Si tratta di “mesure de police administrative enjoignant à une personne de quitter le territoire de l'État où elle se trouve”, cfr. J. SALMON, *Dictionnaire*, cit., p. 488.

²⁸⁷ Il Relatore Speciale M. Kamto nel citato rapporto preliminare definisce l'“espulsione” come “... a legal act in which a State compels an individual or group of individuals who are nationals of another State to leave its territory”. Doc. A/CN.4/554, cit., para. 13. Per un commento al Rapporto presentato dal Relatore speciale Kamto in occasione della 57esima sessione della Commissione di Diritto Internazionale, v. M. IOVANE, *The activity of the International Law Commission during its 57th session (2005)*, in *IYIL*, Vol. XV, 2005, pp. 283-285.

²⁸⁸ A questo riguardo, il Relatore speciale, M. Kamto, ha precisato che “the right to expel...is a natural right of the State emanating from its own status as a sovereign legal entity with full authority

tratta, tuttavia, di un diritto assoluto²⁸⁹ dal momento che gli Stati sono tenuti, in virtù di particolari obblighi convenzionali, a “giustificare” provvedimenti di siffatta natura sulla base di motivazioni²⁹⁰ - stabilite discrezionalmente dallo Stato stesso - che attengono alla sicurezza del territorio²⁹¹ e che non pregiudichino il godimento dei diritti altrui.

Il diritto di uno Stato di espellere lo straniero è, dunque, incontestato, ma la legittimità dell’espulsione si fonda su due presupposti: da un lato, la sua conformità alle procedure previste nel “Paese espellente”, e dall’altro il rispetto dei diritti umani fondamentali²⁹² così come garantiti dal diritto internazionale pattizio e consuetudinario²⁹³.

Nulla questio per quanto riguarda il divieto di espellere lo straniero legalmente presente sul territorio dello Stato ospitante se non in base a una decisione presa in conformità della legge, e salvo che non vi si oppongano imperiosi motivi di sicurezza nazionale, come stabilito in una serie di norme contenute nei principali trattati sui diritti umani²⁹⁴.

over its territory...”. *Third report on the expulsion of aliens*, International Law Commissions, Fifty-ninth session, A/CN.4/581, 19-04-2007, para. 6.

²⁸⁹ Il Relatore Speciale, M. Kamto, ha precisato che il diritto di espulsione “must be carried out in compliance with the fundamental principles of international law. In particular, the State must act in good faith and in compliance with its international obligations” (progetto di articolo 3.2). A/CN.4/581, cit., para. 23.

²⁹⁰ Si tratta sicuramente di un limite al potere statale di espulsione, che tuttavia non trova fondamento in una norma di diritto internazionale generale, assumendo piuttosto la veste di mera cortesia tra Stati. Cfr. C. FAVILLI, *I limiti derivanti dal diritto internazionale all’espulsione dello straniero*, in *Gli Stranieri*, 1998, p. 39.

²⁹¹ Il Relatore speciale, M. Kamto, ha osservato che misure di espulsione potrebbero essere giustificate dal fatto che “... the alien is a threat or a danger to public peace; jeopardizes relations between the country concerned and other States; seeks to foment change in the political order through violent means; (...); is unemployed, without a fixed abode or without a livelihood; is a criminal or is being prosecuted; or is suffering from an infectious or serious illness, in mental deficient; a beggar; a prostitute, an adventurer or an illicit trafficker”. Doc. A/CN.4/554, cit., para. 19.

²⁹² Il citato CEDR ha precisato che occorre assicurare che i provvedimenti di espulsione, laddove giustificati, non siano ritenuti discriminatori tra non-cittadini “... on the basis of race, colour or ethnic or national origin ...”, e che “... non-citizens have equal access to effective remedies, including the right to challenge expulsion orders, and are allowed effectively to pursue such remedies”. *General Recommendation n. 30*, cit., para. 25.

²⁹³ *Ivi*, para. 22. L’obbligo generale dello Stato territoriale di rispettare i diritti fondamentali degli individui in caso di espulsione si applica a tutti gli stranieri indipendentemente dalla loro nazionalità. Tale obbligo risponde alla nozione, piuttosto vaga ed imprecisa, di “minimum standards” che si basa sull’idea che il diritto internazionale debba assicurare agli stranieri un minimo di garanzie nonostante la loro difficile identificazione. Cfr. P. M. DUPUY, *Droit International Public*, cit., p. 131.

²⁹⁴ In particolare, rilevano l’art. 13 del PIDCP, l’art. 32 della Convenzione sullo *status* dei rifugiati (1951); e in ambito regionale, l’art. 1 del Protocollo n. 7 alla CEDU (adottato il 22 novembre 1984 a Strasburgo ed entrato in vigore il 1° novembre 1988, in *European Treaty Series n. 117*).

Quanto al secondo dei due aspetti, occorre precisare che, normalmente, i trattati sui diritti umani non contengono specifiche norme che disciplinano l'espulsione, tantomeno prevedono espresse limitazioni alla facoltà degli Stati di allontanare uno straniero dal proprio territorio. Tuttavia, la prassi degli organi di controllo dei trattati stessi indica come, in talune circostanze, l'espulsione possa costituire una chiara violazione degli obblighi assunti dagli Stati contraenti²⁹⁵.

In primo luogo, un limite alla libertà statale di procedere all'espulsione di uno straniero è rappresentato dal generale obbligo incombente su ciascuno Stato contraente di garantire il rispetto dei diritti e delle libertà previste nei trattati nei confronti di ogni individuo sottoposto alla propria giurisdizione²⁹⁶.

Inoltre, la responsabilità dello Stato che espelle può sorgere in tutti quei casi in cui tale provvedimento implichi l'allontanamento verso un Paese potenzialmente capace di violare i diritti fondamentali del soggetto espulso. Affinchè tale rischio

²⁹⁵ Con riferimento alla norma contenuta nel Patto sui diritti civili e politici, il CDU ha considerato l'illiceità dell'espulsione ai sensi dell'art. 13 nei casi *Mafroufidou v. Sweden*, n. 58/1979, in Selected Decision of the HR Committee, vol. I, 80; *Hammel v. Madagascar*, n. 155/1983, ID., vol. II, 11; *M. F. v. The Netherlands*, n. 173/1984, ID., vol. II, 179. Inoltre, il Comitato ha avuto modo di precisare che "... protect those aliens who are lawfully in the territory of a State party. This means that national law concerning the requirements for entry and stay must be taken into account in determining the scope of that protection, and that illegal entrants and aliens who have stayed longer than the law or their permits allow, in particular, are not covered by its provisions ...". CDU *General Comment n. 15*, cit., para. 9. In dottrina, si segnala W. KÄLIN, *Limits to expulsion under the International Covenant on Civil and Political Rights*, in F. SALERNO (a cura di) *Diritti dell'uomo, Estradizione ed Espulsione*, Atti del convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara, 29-30 ottobre 1999, Padova, p. 143 ss. Con riferimento alle garanzie procedurali previste nei confronti dei soggetti destinatari di un provvedimento di espulsione, l'art. 13 del PIDCP e l'art. 1.1 del Protocollo n. 7 alla CEDU riconoscono allo straniero il diritto di ricorrere contro tale provvedimento alle autorità competenti; al comma 2, l'art. 1 del Protocollo precisa che lo straniero potrà essere espulso prima di aver esercitato il diritto di ricorso "quando tale espulsione si rende necessaria nell'interesse dell'ordine pubblico o è motivata da ragioni di sicurezza pubblica". Cfr. B. NASCIMBENE, *Garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea*, cit., p. 939 ss.; C. FAVILLI, *I limiti derivanti dal diritto internazionale all'espulsione dello straniero*, cit., p. 53; e C. CAMPIGLIO, *Espulsione e diritti dell'uomo. A proposito dell'art. 1 del Protocollo n. 7 addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in RDI, vol. LXVIII, 1985, pp. 64-84.

²⁹⁶ In tale senso, v. CDU, *Ng c. Canada*, constatazioni 5 novembre 1993, CCPR/C/49/D/469/1991, par. 6.2 e *Kindler c. Canada*, constatazioni 30 luglio 1993, CCPR/C/48/D/470/1991, par. 13.2. In particolare, è direttamente ascrivibile allo Stato la violazione di norme che disciplinano le modalità attraverso le quali debba essere emesso un provvedimento di espulsione in conformità ai criteri minimi in materia di esercizio dell'autorità amministrativa o giurisdizionale, pur tuttavia non dovendo tali decisioni necessariamente rispettare i criteri in materia di equo processo previsti dall'art. 6 CEDU. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 5 ottobre 2000, *Maaouia c. Francia*, in ECHR Reports, 2000-X, par. 35-40.

possa qualificarsi come effettivo, è tuttavia necessario che vi siano fondati motivi per ritenere che l'individuo in questione corra un "pericolo reale" e personale²⁹⁷.

Alla luce di simili considerazioni, meritano di essere menzionate alcune norme che sanciscono principi ritenuti ormai fondamentali in materia di espulsione. Ci riferiamo, in particolar modo, al divieto di "...espellere una persona verso un Paese in cui questa rischia di essere sottoposta a tortura" (art. 3 della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti inumani o degradanti)²⁹⁸, o di "... respingere un rifugiato

²⁹⁷ A titolo di esempio, v. le ormai note sentenze della Corte europea dei diritti umani relativamente all'applicazione dell'art. 3 CEDU: 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, in Ser. A, n. 161, par. 91; 20 marzo 1991, *Cruz Varaz e altri c. Svezia*, in Ser. A, n. 201, par. 76; 30 ottobre 1991, *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, in Ser. A, n. 215, par. 111; v. pure la sentenza recente del 26 aprile 2007, *Gebremedhin c. Francia*, causa n. 25389/05. La potenziale violazione da parte dello Stato di destinazione non riguarda tutti i diritti protetti dai trattati sui diritti umani, ossia non si può pretendere che gli Stati contraenti allontanino individui solo verso Stati che garantiscono il pieno ed effettivo godimento di tali diritti. A questo riguardo, la Corte europea dei diritti umani, in una recente decisione, ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato da un richiedente-asilo iraniano contro il Regno Unito fondato sull'assunto che il suo rimpatrio avrebbe limitato seriamente il proprio diritto alla vita privata (sancito all'art. 8 della CEDU). In tale occasione, la Corte ha ritenuto che la potenziale violazione dell'art. 8 nello Stato di destinazione non fosse sufficiente ad impedire l'allontanamento del ricorrente. Cfr. decisione 22 giugno 2004, *F. c. Regno Unito*. Tra le sentenze che richiamano l'applicazione dell'art. 8 con riferimento al soggiorno o all'espulsione di stranieri, v. 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, in Ser. A, n. 94; 19 febbraio 1996, *Gül c. Svizzera*, in Racc. 1996-I, p. 159; 5 ottobre 2000, *Katania c. Svizzera*, n. 54271/00; 7 novembre 2000, *Kwakyie-Nit et Dufie c. Paesi Bassi*, n. 31519/96; 15 febbraio 2001, *Shevanova et Ševanovs c. Lettonia*, n. 58822/00; 26 aprile 2007, *Kostantinov c. Paesi Bassi*, causa n. 16351/03. Per un commento alla giurisprudenza della Corte europea in materia di espulsione, J. P. COSTA, *Expulsion et readmission: la protection des libertes fondamentales*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni*, cit., p. 143 ss. In una recente sentenza, la Corte europea si è pronunciata sul ricorso di un cittadino bulgaro legalmente residente in Austria nei confronti del quale le autorità dello Stato avevano emanato un provvedimento che vietava al ricorrente, processato e condannato per aver commesso una serie di reati, di risiedere per dieci anni sul territorio nazionale. Il ricorrente, cui rimaneva da scontare l'ultimo anno della pena detentiva, lamentava il fatto che tale divieto costituiva una violazione dell'art. 8 CEDU dal momento che egli aveva, in quanto immigrato di seconda generazione, costruito legami affettivi e sociali in Austria. La Corte, riconoscendo che il provvedimento rappresenta un'interferenza nella vita privata e familiare del ricorrente e che risulta essere sproporzionato rispetto l'esigenza dello Stato di tutelare i propri interessi nazionali (tra i quali, l'ordine pubblico) in quanto i reati commessi dal ricorrente sono da ritenere sicuramente seri ma non gravi, ha stabilito che tale atto costituisce una violazione dell'art. 8. Sentenza 22 marzo 2007, *Maslov c. Austria*, causa 1638/03.

²⁹⁸ La prassi del Comitato contro la tortura sembra indicare che la norma garantisca protezione solo a quegli individui che rischiano di essere sottoposti a tortura non già ad altri trattamenti proibiti dalla relativa Convenzione. Cfr. decisione 18 novembre 2003, *T.M. c. Svezia*, doc. A/59/44 del 1° ottobre 2004, p. 294 ss. Nell'ambito di altri trattati sui diritti umani, in assenza di una norma equivalente al citato art. 3 della Convenzione contro la tortura, i relativi organi di controllo hanno precisato il divieto di allontanamento verso Stati che potrebbero sottoporre gli individui a trattamenti crudeli, inumani e degradanti. In tal senso, il Comitato sui diritti umani chiarisce che "States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement ...". (General Comment n. 20, *Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment*, 10-3-1992, para. 9). Più di recente, il Comitato ha avuto modo di precisare "the absolute nature of the right of each person not to be expelled to a country where he/she may face

verso le frontiere dei luoghi ove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa della sua razza, religione, nazionalità, appartenenza ad una determinata categoria sociale o delle sue opinioni politiche” (art. 33.1 della Convenzione di Ginevra del 1951). Il principio appena indicato, meglio noto come divieto di *refoulement*, viene ormai considerato una norma imperativa di diritto internazionale generale²⁹⁹, sancita in una serie di strumenti internazionali che utilizzano, tuttavia, il termine “persona” o “individuo” in luogo di “rifugiato”. Ciò a conferma della generale applicabilità di tale principio, non solo nei confronti di coloro cui sia stato attribuito lo *status* di rifugiato ma, più in generale, di tutti coloro che rischiano la vita o la libertà nel proprio Paese di origine³⁰⁰.

In ultima analisi, occorre notare che il diritto internazionale prevede un ulteriore limite alla libertà statale in materia di espulsione, nella misura in cui vieta espressamente la possibilità di emanare provvedimenti di tale natura che abbiano ad

torture or ill-treatment, and the obligation of the State party, consequently, and in all circumstances, to ensure that the situation of each migrant is processed individually”, CCPR/C/ITA/CO/5, cit., para. 15. A livello “regionale”, il diritto di non essere respinto alla frontiera e il diritto, una volta ammesso nel territorio dello Stato, a non essere espulso o estradato, pur non essendo riconosciuti in quanto tali dalla CEDU, ricevono una protezione indiretta in virtù di una serie di limiti posti dall’art. 2 (qualora l’allontanamento dal territorio nazionale (o la non ammissione) mettesse in pericolo o avesse per effetto la privazione della vita da parte dello Stato verso cui lo straniero venga allontanato o respinto), e dall’art. 3 (laddove sussistano serie ragioni per ritenere che la persona possa essere sottoposta, nello Stato verso cui viene espulsa (o estradata) a trattamenti inumani e degradanti o ad altre violazioni dei diritti fondamentali, lo Stato che intende adottare un provvedimento o, se già adottato, intende darvi esecuzione, deve astenersi). Per una disamina della giurisprudenza di Strasburgo sul punto, v. S. SAROLÉA, *Droits de l’homme et migrations*, cit., p. 168 ss.; L. CAFLISH, *La Convention Européenne des droits de l’homme et les étrangers*, in *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, cit., p. 1859 ss. In dottrina, si segnalano tra gli altri: M. FORNARI, *L’art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, cit., pp. 369-370; B. NASCIMBENE, *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 153; G. MALINVERNI, *I limiti all’espulsione secondo la Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in F. SALERNO (a cura di) *Diritti dell’uomo, Estradizione ed Espulsione*, cit., p. 165 ss.

²⁹⁹ Sulla natura cogente del principio di *non refoulement*, si veda N. COLEMAN, *Non-Refoulement Revised: Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law*, in *EJML*, 5/2003, pp. 23-68; J. ALLAIN, *The jus cogens nature of non refoulement*, in *IJRL*, vol. 13(4), 2001, pp. 533-558.

³⁰⁰ Il principio *de quo*, infatti, trova applicazione anche nei casi in cui non ci sia stato un formale riconoscimento dello *status* di rifugiato. Una prassi piuttosto consolidata tende, infatti, a riconoscere la generale applicabilità del divieto di respingimento anche nei confronti delle c.d. *displaced persons*. Cfr. G. GOODWIN-GILL, *Non-refoulement and the New Asylum Seekers*, in *Va. J. Int’l L.*, 1986, p. 897 ss; K. HAILBRONNER, *Non-refoulement and humanitarian refugees: customary international law or wishful legal thinking?*, *ivi*, p. 857 ss.

oggetto non già singoli individui ma gruppi³⁰¹. I trattati sui diritti umani, infatti, impongono il divieto di espulsione collettiva, in ragione del suo evidente carattere arbitrario e discriminatorio³⁰², al fine di salvaguardare l'integrità e la dignità umane.

A tal proposito, occorre osservare che il Protocollo n. 4 CEDU³⁰³, se da un lato vieta l'espulsione individuale e collettiva di cittadini (art. 3)³⁰⁴, dall'altro vieta la sola espulsione collettiva di stranieri (art. 4)³⁰⁵. In altre parole, lo straniero può essere espulso o allontanato individualmente (nel rispetto del diritto dello Stato di emanare provvedimenti di espulsione in conformità alla legge), ma non collettivamente³⁰⁶; mentre il cittadino non può essere né respinto né espulso in virtù del diritto, generalmente loro riconosciuto, di ingresso e di ritorno nel territorio del Paese di origine³⁰⁷.

Nell'ambito degli strumenti che hanno ad oggetto specificamente la categoria dei migranti³⁰⁸, la citata Convenzione internazionale del 1990, nella parte relativa ai diritti fondamentali di *tutti* i lavoratori migranti (Parte III), proibisce l'espulsione collettiva degli stessi e dei membri delle loro famiglie, autorizzando, al contrario,

³⁰¹ Il Relatore Speciale, M. Kamto, ha definito l' "espulsione collettiva" come "an act or behaviour by which a State compels a group of aliens to leave its territory" (progetto di art. 7.2), Doc. A/CN.4/581, cit., para. 135.

³⁰² CDU, *General Comment n. 15*, cit., para. 10 e CEDR, *General Recommendation n. 30*, cit., para. 26.

³⁰³ Adottato dal Consiglio d'Europa il 16 settembre 1963 a Strasburgo ed entrato in vigore il 2 maggio 1968, pubbl. in *European Treaty Series* No. 46.

³⁰⁴ Il Relatore Speciale, M. Kamto, pur riconoscendo l'esistenza di una regola che vieta l'espulsione dei cittadini, chiarisce che "the only absolute prerequisite to the expulsion of a national is the existence of a receiving State. In other words, a State cannot expel its nationals without the express consent of a receiving State", Doc. A/CN.4/581, cit., paras. 55 e 57.

³⁰⁵ Sempre in ambito regionale, cfr. l'art. 22.9 della Convenzione americana, l'art. 12.5 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e l'art. 26 lett. b della nuova Carta araba.

³⁰⁶ A titolo esemplificativo, si v. la sentenza della Corte europea per i diritti dell'uomo del 5 febbraio 2002, *Čonka c. Belgio*, causa n.51564/99 in cui l'organo di Strasburgo ha ritenuto che il provvedimento di espulsione, emanato nei confronti dei quattro ricorrenti (richiedenti asilo di nazionalità slovacca), costituisse una violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 Cedu. I ricorrenti, infatti, sostenevano che le autorità competenti belga anziché valutare la condizione individuale di ogni richiedente e le motivazioni sottese alla richiesta, avevano emanato un provvedimento di espulsione con l'intenzione di sanzionare collettivamente il gruppo (para. 56). La Corte, tenuto conto di una serie di elementi, ha ritenuto che le procedure di espulsione erano state eseguite senza che "... the personal circumstances of each of those concerned had been genuinely and individually taken into account" (para. 63).

³⁰⁷ Per un commento alle norme CEDU in esame, v. B. NASCIMBENE, *Divieto di espulsione dei cittadini. Divieto di espulsioni collettive di stranieri*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea*, cit., p. 891 ss.

³⁰⁸ La Dichiarazione ONU sui non-cittadini vieta la loro espulsione individuale e collettiva per motivi basati sulla razza, sul colore, sulla religione, sulla cultura, sull'origine nazionale (art. 7).

quella individuale previa valutazione del caso di specie (art. 22)³⁰⁹. La Convenzione estende la protezione dalle misure di allontanamento individuali anche al migrante irregolare, introducendo così un aspetto innovativo rispetto a quanto previsto dall'art. 13 del Patto sui diritti civili e politici che annovera tra i suoi destinatari unicamente lo straniero che si trovi legalmente nel territorio dello Stato. Nella parte relativa alle garanzie offerte ai lavoratori migranti e ai membri delle loro famiglie in situazione regolare (parte IV), la convenzione del 1990 vieta la loro espulsione da parte dello Stato di impiego se non per ragioni definite dalla legislazione statale (art. 56).

I-2.5 Il diritto all'assistenza diplomatico-consolare

Tra i diritti riconosciuti agli stranieri, occorre menzionare il diritto di ricorso alla protezione e all'assistenza delle autorità consolari e diplomatiche del loro Stato di origine, così come previsto dall'art. 36 della citata Convenzione sulle relazioni consolari³¹⁰. In concreto, esse dovrebbero “proteggere ... gli interessi dello Stati di invio e dei suoi cittadini, sia persone fisiche che giuridiche (...); prestare soccorso e assistenza ai nazionali dello Stato di invio (...); rappresentare i cittadini dello Stato di invio o ... assicurare la loro adeguata rappresentanza davanti ai tribunali e alle altre autorità dello Stato di residenza ...” (art. 5).

Si tratta, tuttavia, di un diritto che oggi assume una valenza diversa rispetto al passato, nella misura in cui esso non deve essere interpretato come spettante unicamente allo Stato di cui è cittadino il soggetto coinvolto (e dunque nell'ottica dell'istituto della “protezione diplomatica”), ma è necessario riconoscerne anche la natura di diritto individuale. Secondo una recente giurisprudenza degli organi internazionali, il diritto sostanziale dell'individuo appare distinto e tutelabile in via

³⁰⁹ Il Relatore Speciale, M. Kamto, ha precisato che “the collective expulsion of aliens, including migrant workers and members of their family, is prohibited” e che tuttavia “a State may expel concomitantly the members of a group of aliens, provided that the expulsion measure is taken after and on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group” (progetto di art. 7.1). Doc. A/CN.4/581, cit., para. 135.

³¹⁰ Nell'art. 36.1 lett. a della Convenzione di Vienna si legge “al fine di facilitare l'esercizio delle funzioni consolari relative ai cittadini dello Stato di invio...i funzionari consolari debbono avere la libertà di comunicare con i cittadini dello Stato di invio e di recarsi presso di loro. I cittadini dello stesso Stato di invio debbono avere la stessa libertà di comunicare con i funzionari consolari e di recarsi presso di loro”.

autonoma, anche se il diritto processuale (di ricorrere in giudizio) appartiene solo allo Stato³¹¹.

Il suddetto diritto è stato riconosciuto sia dalla Dichiarazione sui non-cittadini, nella quale si legge "any alien shall be free at any time to communicate with the consulate or diplomatic mission of the State of which he or she is a national or, in the absence thereof, with the consulate or diplomatic mission of any other State entrusted with the protection of the interests of the State of which he or she is a national in the State where he or she resides" (art. 10); sia dalla Convenzione ONU sui lavoratori migranti, in cui si afferma che "i lavoratori migranti e i membri delle loro famiglie devono avere il diritto di ricorrere alla protezione e all'assistenza delle autorità consolari o diplomatiche del loro Stato di origine o di uno Stato che rappresenti gli interessi di tale Stato, ogniquale volta i diritti riconosciuti nella presente Convenzione siano lesi", e che "... in caso di espulsione, la persona interessata deve essere informata di questo diritto senza indugio e le autorità dello stato che decide l'espulsione devono favorire l'esercizio di tale diritto" (art. 23).

Parte II - La protezione del lavoratore migrante nell'ambito delle Nazioni Unite con particolare riferimento al ruolo svolto dall'Organizzazione internazionale del lavoro

II-2.1 Le principali iniziative delle Nazioni Unite in tema di migrazione internazionale

Negli ultimi anni si è registrato un notevole incremento delle iniziative promosse da organi delle NU e da agenzie specializzate al fine di rafforzare la cooperazione internazionale in materia di migrazioni internazionali³¹², nonché il sistema di tutela dei diritti umani dei soggetti migranti³¹³.

³¹¹ A riguardo, si considerino le già citate sentenze *LaGrand* e *Avena* della Corte Internazionale di Giustizia. In ambito regionale, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo ha valutato il diritto all'assistenza consolare alla luce del sistema di protezione internazionale dei diritti dell'uomo. Parere del 1° ottobre 1999, OC-16/99, su www.corteidh.or.cr.

³¹² A titolo di esempio, la Dichiarazione e il Programma d'Azione adottati dalla Conferenza Mondiale sui Diritti Umani del 1993, *Report of the World Conference on Human Rights*, Vienna 14-25 june 1993, Part II (paras 33-35) (Doc. A/CONF.157/23 del 12 luglio 1993); il Programma d'Azione adottato in seno alla Conferenza Internazionale sulla Popolazione e lo Sviluppo (Cairo - settembre 1994) che contiene un dettagliato capitolo (X) sulle migrazioni internazionali, *Report of the*

Tra le tante iniziative promosse nell'ambito delle Nazioni Unite, merita particolare attenzione la citata decisione della Commissione per i diritti umani di nominare il Relatore speciale per i diritti umani dei migranti (v. *supra*).

I rapporti presentati annualmente dal Relatore³¹⁴ evidenziano l'assenza di una definizione esaustiva della figura del migrante ponendo la delicata questione della "vulnerabilità", quale caratteristica di tale categoria di soggetti. L'esigenza di rimediare a tale condizione, ha orientato l'attività del Relatore speciale nella duplice direzione della discriminazione di cui sono vittime prevalentemente le donne

International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 September 1994 (Doc. A/CONF.171/13 del 18 ott. 1994); la Dichiarazione e il Programma d'Azione adottati nell'ambito del Summit Mondiale per lo Sviluppo Sociale tenutosi a Copenaghen nel 1995, *Report of the World Summit for Social Development*, Copenhagen, 6-12 March 1995, para. 63 (Doc. A/CONF.166/9 del 19 aprile 1995); la *Platform for Action* adottata dalla Quarta Conferenza Mondiale sulle Donne (Beijing, 1995), *Report of the Fourth World Conference on Women*, Beijing, 4-15 September 1995, Cap. IV (sec. A par. 60 lett. l; sec. D par. 116-126-127; sec. F par. 156; sec. I par. 226-233 lett. i) Doc. A/CONF.177/20 del 15 sett 1995); la *World Declaration on the Survival, Protection and Development of Children* e il *Plan of Action* adottati in occasione del *World Summit for Children* del 30 settembre 1990, UN Doc. A/45/625 (annex) che contengono chiari riferimenti alle diverse categorie di migranti. A tal proposito, occorre ricordare il documento intitolato "A world fit for children", annesso alla risoluzione dell'Assemblea Generale (UN) A/RES/S-27/2 adottata nel corso della 27° sessione speciale del 10 maggio 2002 (14, para 41), nonché la recente risoluzione della Commissione sui diritti umani "Rights of the Child" (E/CN.4/RES/2004/48), 9, para 30. Nel rapporto presentato in occasione della 58° sessione dell'Assemblea Generale (A/59/325 del 2 set 2004), il Segretario generale ha evidenziato le recenti iniziative nel campo delle migrazioni internazionali e dello sviluppo promosse dalla *Population Division of the Department of Economic and Social Affairs* al fine "to promote sustainable development through a multidimensional and integrated approach to economic, social, environmental, and population and gender related aspects of development". Le dichiarazioni, i piani d'azione e i rapporti adottati dalle agenzie o all'interno delle Conferenze internazionali appartengono a quello che è stato definito in precedenza *soft law*, in quanto si tratta di atti che pur non avendo natura vincolante, contribuiscono alla formazione e al consolidamento del diritto internazionale inteso come "hard law", cfr. D. THÜRER, *Soft law*, cit., p. 453.

³¹³ A riguardo, giova ricordare la risoluzione dell'Assemblea Generale contenente la c.d. *Millennium Declaration*, con la quale l'organo delle Nazioni Unite invita i governi a "to take measures to ensure respect for and protection of the human rights of migrants, migrant workers and their families, to eliminate the increasing acts of racism and xenophobia in many societies and to promote greater harmony and tolerance in all societies". Doc. A/RES/55/2 para. 25 del 18 settembre 2000, Sezione V, *Human rights, democracy and good governance*, para 25. Anche in questo caso si tratta di un atto dal carattere meramente esortativo, che tuttavia ambisce al consolidamento di una prassi generalizzata in materia di tutela dei diritti dei migranti. Inoltre, la questione "migrazione" è stata oggetto del rapporto presentato dal Segretario Generale delle Nazioni Unite nel luglio 2005 sull'attuazione della Dichiarazione del Millennium, *In larger freedom: towards development, security and human rights for all*, consultabile su <http://www.un.org/largerfreedom/>. Sul summit, P. GARGIULO, *Le Nazioni Unite e la tutela dei diritti umani dopo il vertice mondiale del 2005; conferme (molte) novità (poche)*, in *CI*, 2006, p. 709 ss.

³¹⁴ Doc. E/CN.4/2000/82, del 6 gennaio 2000; E/CN.4/2001/83, del 9 gennaio 2001; E/CN.4/2002/94, del 15 febbraio 2002; E/CN.4/2003/85, del 30 dicembre 2002; E/CN.4/2004/76, del 12 gennaio 2004; E/CN.4/2005/85, del 27 dicembre 2004.

migranti³¹⁵, e dell'immigrazione clandestina³¹⁶. Alla luce di quanto emerso dai lavori, il Relatore propone che la questione della protezione dei diritti umani dei migranti venga analizzata nell'ambito di un sistema di gestione dei flussi migratori che tenga conto dei diritti dei soggetti coinvolti (c.d. "rights-based migration management")³¹⁷. A tal fine, l'organo invita i Paesi avanzati alla ratifica della Convenzione internazionale sulla protezione dei lavoratori migranti³¹⁸, che prevede l'obbligo, per ciascuna parte, di predisporre un sistema nazionale di protezione dei diritti umani di *tutti* i lavoratori migranti (anche irregolari) basato su standards internazionali³¹⁹.

³¹⁵ Nel corso dei lavori preparatori della Conferenza mondiale contro il razzismo, la discriminazione razziale, la xenofobia e le relative forme di intolleranza (Durban, 31 agosto-8 settembre 2001), infatti, il Relatore ha presentato un rapporto sulla relazione esistente tra le diverse forme di discriminazione e la condizione di migrante, con particolare riferimento alla violenza esercitata contro le donne (*Discrimination against migrants - migrant women: in search of remedies*, Doc. A/CONF. 189/PC.1/19, del 14 marzo 2000). Contestualmente, l'organo della Commissione ha avuto modo di soffermarsi sullo scarso livello di protezione offerto dalle legislazioni nazionali ai migranti e al conseguente verificarsi di fenomeni quali lo sfruttamento e il traffico di esseri umani (*Racial discrimination, xenophobia and intolerance against migrants*, Doc. A/CONF.189/PC.2/23, del 18 aprile 2001).

³¹⁶ Tale fenomeno, esponendo i migranti ad abusi durante il loro viaggio e favorendone l'ingresso irregolare, determina una potenziale situazione di minaccia dei loro diritti fondamentali nei Paesi di destinazione, specie in considerazione del fatto che l'impossibilità di lasciare il loro Paese di origine con procedure regolari, li espone al rischio di cadere nelle reti di organizzazioni criminali. È in tale contesto, rileva il Relatore, che si sviluppano fenomeni quali la tratta di esseri umani (c.d. *trafficking of human being*) e il traffico di migranti (c.d. *smuggling of migrants*) sui quali v. *infra*. Sul piano giuridico, dunque, si impone una duplice esigenza: l'una, relativa all'attuazione di misure (preventive e repressive) atte a contrastare l'incremento di tali fenomeni, l'altra, fondata sulla necessità di predisporre un sistema di protezione dei diritti delle vittime. In particolare, si vedano le raccomandazioni rivolte dal Relatore speciale a Stati Uniti, Spagna e Italia, rispettivamente: Doc. E/CN.4/2003/85/Add.3, del 30 ottobre 2002, par. 67; Doc. E/CN.4/2004/76/Add.2, del 14 gennaio 2004, par. 86; e Doc. E/CN.4/2005/85/Add.3, del 15 novembre 2004, par. 95.

³¹⁷ Doc. A/59/377, del 27 settembre 2004, par. 11.

³¹⁸ Il processo di ratifica della Convenzione è stato attivamente sostenuto dallo stesso Relatore in collaborazione con i membri dello *Steering Committee of the Global Campaign for Ratification of the Convention* (Doc. A/57/292, del 9 agosto 2002, paras. 31-33).

³¹⁹ In particolare, si vedano le raccomandazioni rivolte dal Relatore speciale a Stati Uniti, Spagna e Italia, rispettivamente: Doc. E/CN.4/2003/85/Add.3, del 30 ottobre 2002, par. 67; Doc. E/CN.4/2004/76/Add.2, del 14 gennaio 2004, par. 86; e Doc. E/CN.4/2005/85/Add.3, del 15 novembre 2004, par. 95. Con particolare riferimento alle condizioni di sfruttamento dei lavoratori migranti, nel suo primo rapporto, il Relatore speciale Bustamante puntualizza "the fact that reluctance to recognize the demand for the labour of migrant workers, which is a common factor among host countries, acquires heuristic importance when it becomes clear that there is some relationship between that reluctance and the appearance of anti-immigrant ideologies often tinged with xenophobia and racism" (E/CN.4/2006/73 del 30 dicembre 2005). Ne consegue che "denial of demand is...one of the main factors leading to irregular migration, a situation at the core of much of the abuse and numerous human rights violations suffered by migrants" (para. 53). Se i migranti in condizione di irregolarità sono maggiormente esposti ad abusi e maltrattamenti, ulteriori violazioni di diritti umani di tali soggetti si registrano nei confronti dei c.d. "temporanei", specie se lavoratori. A questo riguardo, il Relatore speciale rileva che "common complaints include long working hours without overtime pay, payment of wages well below those agreed upon at the moment of

Nell'ambito delle missioni effettuate, il Relatore ha evidenziato una generale incapacità dei governi nel gestire l'ondata di flussi migratori clandestini³²⁰, nonché uno scarso livello di protezione dei diritti fondamentali dei migranti irregolari in detenzione amministrativa³²¹. Le legislazioni e prassi nazionali, assai lontane dagli standards internazionali, hanno indotto l'organo delle Nazioni Unite ad affrontare il fenomeno delle migrazioni internazionali da una duplice prospettiva che tenga conto della necessità di una *politica dei controlli* e dell'esigenza di predisporre un sistema efficace di protezione dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.

Tale impostazione è stata condivisa anche da altri organismi che hanno ricercato nuove forme di gestione dei flussi migratori nell'ambito di *fora* regionali e globali di discussione³²², nonché nei numerosi processi consultivi intergovernativi³²³. Un

employment, illegally charged fees, the refusal to pay salaries due and the denial of paid vacation leave” (para. 56).

³²⁰ A riguardo, si segnalano le visite effettuate in Ecuador (Doc. E/CN.4/2002/94/Add.1, del 18 febbraio 2002), Messico e Stati Uniti (Doc. E/CN.4/2003/85/Add.2, del 30 ottobre 2002), Iran (Doc. E/CN.4/2005/85/Add.2, del 23 dicembre 2004), Perù (Doc. E/CN.4/2005/85/Add.4, del 13 gennaio 2005). Le attività svolte dal Relatore speciale nel territorio di taluni Stati rientrano nell'ambito di quelle particolari procedure di controllo istituite all'interno del sistema delle Nazioni Unite per accertare eventuali violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani. Tale meccanismo di garanzia prevede che taluni organismi (tra cui il Relatore speciale *per territorio* o *per aree tematiche*) incaricati di effettuare un controllo c.d. “on the field”, al fine di esaminare, controllare ed eventualmente denunciare pubblicamente la violazione dei diritti umani da parte di quello Stato. Sul punto, si v. tra gli altri, A. CASSESE, *Diritto internazionale. Problemi della Comunità internazionale* (a cura di P. Gaeta), Bologna, 2004, pp. 102-103.

³²¹ A riguardo, merita di essere segnalata la visita effettuata dal Relatore in Italia, specie in considerazione delle preoccupanti condizioni interne ai centri di identificazione (CID) e ai centri di permanenza temporanea (CPT). In particolare, la situazione riscontrata nel centro di Lampedusa, secondo l'organo delle Nazioni Unite, suggerirebbe un duplice intervento: da un lato, mediante un'attività di controllo indipendente del rispetto dei diritti umani dei soggetti trattenuti che coinvolga diversi enti (l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati, il Consiglio Italiano dei Rifugiati e le ONG); dall'altro, attraverso l'adozione di una legislazione organica in materia di asilo e un'efficace azione della *Commissione nazionale per il diritto di asilo* al fine di impedire che i richiedenti asilo si trovino in condizioni di illegalità. Doc. E/CN.4/2005/85/Add.3, cit., par. 71. Sulle condizioni interne al centro di Lampedusa e le conseguenti violazioni degli obblighi internazionali da parte dell'Italia, sia consentito rinviare a F. MORRONE, *L'Italia e gli obblighi internazionali e comunitari in materia di asilo e immigrazione: il “caso Lampedusa”*, in *Civ.Eur.*, n. 16/2006, pp. 225-240.

³²² Doc. A/59/377, cit., par. 48. A riguardo, segnaliamo il c.d. *Geneva Migration Group* un organismo composto da alcune importanti organizzazioni internazionali che si occupano a più livelli del fenomeno migratorio (UNHCR, UNCTAD, UNHCHR, IOM UNODC). I membri di tale organismo, attraverso un meccanismo informale di consultazioni regolari, intendono promuovere scambi di informazioni in grado di potenziare la cooperazione e la collaborazione tra agenzie; identificare i punti critici del fenomeno migratorio ed evidenziare le eventuali prospettive di miglioramento delle condizioni di vita dei migranti; proporre il dialogo su scala mondiale su questioni relative ai diritti umani e, in particolare, alla protezione dei rifugiati.

³²³ In particolare, segnaliamo la c.d. *Berne Initiative*, ossia un forum per la cooperazione intergovernativa sulla gestione dei flussi migratori a livello globale, affiancato da un Segretariato le

importante tentativo, effettuato nel sistema delle Nazioni Unite, di rafforzare l'attuale sistema delle garanzie dei diritti fondamentali dei migranti attraverso la promozione di un dialogo tra i diversi attori internazionali e la predisposizione di politiche efficaci di gestione dei flussi migratori tra Paesi di origine e di destinazione, è rappresentato dalla creazione, da parte di un gruppo di Stati sostenuti dal Segretario Generale delle Nazioni Unite, della c.d. *Global Commission on International Migration*³²⁴. Il rapporto finale³²⁵, presentato dalla Commissione nell'ottobre 2005, ha messo in evidenza la necessità di fornire agli Stati un modello di gestione coordinata dei flussi migratori internazionali a fronte di una crescente integrazione indotta dai processi di globalizzazione³²⁶. Ciò perché, essenzialmente, il rapido trasferimento di capitali, merci, servizi e informazioni ha contribuito ad incrementare il movimento transfrontaliero delle persone senza tuttavia che i benefici economici derivanti dall'impiego delle nuove tecnologie si distribuissero in maniera uniforme.

Con riferimento agli aspetti giuridici del fenomeno in questione, il rapporto ripropone un tema particolarmente delicato, ovvero la questione delle migrazioni irregolari in relazione all'aspetto della sicurezza umana, che necessita di un intervento attivo da parte dei governi e delle diverse forze sociali teso al rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti. Pertanto, si impone la duplice questione:

cui funzioni sono svolte dall'IOM (ulteriori informazioni sono reperibili sul sito ufficiale www.iom.int/berneinitiative). Le consultazioni del luglio 2003 (c.d. *Berne Initiative consultations*) si sono concluse con la preparazione di "framework of governing principles to facilitate cooperation among States with a view to managing international migration" (c.d. *International Agenda for Migration Management*). L'Agenda include "a set of common principles on migration identified by States and other stakeholders, as well as a compilation of effective migration management practices" (il documento consultabile su <http://www.iom.int/>).

³²⁴ Sull'argomento, sia consentito rinviare a F. MORRONE, *Sviluppi recenti dell'azione delle Nazioni Unite in materia di migrazioni internazionali: l'attività della Commissione globale sulla migrazione internazionale*, in *CI*, 4/2006, pp. 745-755.

³²⁵ *Migration in an interconnected world: New directions for action*, ottobre 2005, consultabile sul sito www.gcim.org. Il documento è suddiviso in capitoli dedicati ai seguenti profili: inserimento dei soggetti migranti nel mercato del lavoro, implicazioni demografiche del fenomeno migratorio ed impatto sulla politica commerciale (cap. I); crescita economica, sviluppo, riduzione della povertà, fenomeno delle rimesse e loro impatto nei Paesi di origine (cap. II); correlazione tra migrazioni irregolari e sovranità statale (cap. III); integrazione dei migranti nella società ospitante (cap. IV); protezione internazionale dei diritti fondamentali dei migranti (cap. V); governance delle migrazioni internazionali (cap. VI). Per un commento, v. P. MARTIN, S. MARTIN, *GCIM: A New Global Migration Facility*, in *IM*, vol. 44(1), 2006, pp. 5-12; H. CRAWLEY, *Forced Migration and the Politics of Asylum: The Missing Pieces of the International Migration Puzzle?*, *ivi*, pp. 21-26.

del rafforzamento del sistema normativo internazionale esistente e dell'attuazione effettiva e non discriminatoria delle norme all'interno dei singoli ordinamenti nazionali³²⁷.

Uno degli aspetti più innovativi del rapporto finale attiene all'istituzione di una *Inter-Agency Global Migration Facility*, ossia di un organismo composto da quegli enti internazionali i cui fini istitutivi o la cui attività hanno rilevanza, diretta o indiretta, sul fenomeno migratorio colto nelle sue molteplici manifestazioni. Sulla scorta delle proposte della Commissione globale, il Segretario Generale delle NU ha deciso di creare nel 2006 il c.d. *Global Migration Group*. Istituito in sostituzione all'esistente "Geneva Migration Group" (creato nel 2003), questo nuovo organismo include una più ampia membership rispetto al precedente (ILO, IOM, UNCTAD, UNDP, UNDESA, UNFPA, OHCHR, UNHCR, UNODC, World Bank). Tra i principali compiti, occupa un posto di rilievo il rafforzamento dei "human rights, labour rights, human security and criminal justice dimensions of migration governance and management, with a focus on the protection and well-being of migrants, including victims of trafficking"³²⁸.

Dal rapporto della Commissione emerge con chiarezza che il fenomeno migratorio, da tempo al centro dell'agenda politica internazionale con particolare riferimento alla correlazione tra migrazioni internazionali e sviluppo, rappresenta l'anello di congiunzione tra le diverse politiche nazionali e le iniziative condotte a livello regionale e globale³²⁹.

³²⁶ Sull'impatto economico delle migrazioni internazionali, v. *World Economic and Social Survey 2004. International Migration*, UN Department of Economic and Social Affairs, consultabile su <http://www.un.org/esa/policy/wess/index.html>.

³²⁷ *Migration in an interconnected world*, cit., 53 ss.

³²⁸ Per maggiori informazioni sulla composizione e le attività del GMG, consulta il sito <http://www.ohchr.org/english/bodies/cmw/GMG.htm>

³²⁹ Sembra utile valutare le conclusioni e le raccomandazioni contenute nel documento anche alla luce della prassi dell'UE in materia. Il contributo più recente è rappresentato dalla comunicazione della Commissione europea *Migration and Development: Some concrete orientations* (COM(2005) 390 final, 1° settembre 2005 consultabile sul sito ufficiale www.europa.eu.int), che affronta, tra le numerose questioni, il problema delle rimesse e il loro impatto sulle economie dei Paesi di emigrazione (p. 3 ss). Va rilevato, a riguardo, come il rapporto della Commissione globale non si discosti dai dati emersi nella comunicazione dell'esecutivo comunitario; al tempo stesso, esso sembra essere in linea, benché privo di un richiamo esplicito, con le aspettative delle istituzioni europee in relazione alla promozione del dialogo con gli Stati, le organizzazioni internazionali, le ONG e la società civile (Annesso 7), evidenziando una volta di più la necessità di affrontare la problematica del fenomeno migratorio da una prospettiva multilaterale ed istituzionalizzata.

In linea con la posizione della Commissione, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nell'ambito del c.d. *high-level dialogue* in tema di migrazione e sviluppo svoltosi in occasione della sua 61^o sessione³³⁰, ha inteso promuovere un dialogo "universale" in grado di assicurare maggiore coerenza ed interazione tra le diverse iniziative promosse nel campo delle migrazioni internazionali, cercando altresì di massimizzarne i benefici in termini di sviluppo e di crescita economica³³¹. Tra i punti essenziali sottoposti all'attenzione dell'organo assembleare, meritano di essere menzionati: in generale, la relazione tra diritti umani, migrazioni e sviluppo, l'impatto negativo che il mancato rispetto dei diritti umani dei migranti determina sullo sviluppo e le possibili soluzioni in termini di rafforzamento delle garanzie previste dai principali strumenti internazionali di tutela³³²; e relativamente alla categoria dei lavoratori migranti, la promozione e la protezione dei diritti di tali soggetti e dei membri della loro famiglia nel Paese di occupazione, specie con riferimento all'eguaglianza di trattamento in materia di lavoro, e il contributo che tali soggetti garantiscono alle economie dei Paesi di origine³³³.

³³⁰ *High-Level Dialogue on International Migration and Development*, UN, 14-15 settembre 2006. Per un commento, v. P. MARTIN, S. MARTIN, S. CROSS, *High-level Dialogue on Migration and Development*, in *IM*, vol. 45(1), 2007, pp. 7-25. L'AG si era già occupata della questione relativa al rapporto tra migrazione e sviluppo nella risoluzione 59/241, sulla quale si v. I. INGRAVALLO, *Assemblea Generale (59^o Sessione, 2004), Questioni economiche e finanziarie*, in *CI*, 3/2005, p. 525.

³³¹ Sulla questione si vedano i documenti: A/RES/49/127 del 19 dic 1994; A/RES/50/123 del 20 dic. 1995; A/RES/52/189 del 4 feb 1998; A/RES/54/212 del 1 feb 2000; A/56/167 del 3 luglio 2001; A/RES/56/203 del 21 feb 2002; A/58/98 del 1 luglio 2003, A/RES/58/208 del 23 dic 2003. Tra i numerosi fora sul tema: *European Conference on Migration*, (Brussels il 16-17 October 2001); *International Symposium on Migration: Towards Regional Cooperation on Irregular/Undocumented Migration*, (Bangkok 21-23 April 1999), in cui è stata adottata la *Bangkok Declaration on Irregular Migration* (A/C.2/54/2, annex); *Regional Conference to Address the Problems of Refugees, Displaced Persons, Other Forms of Involuntary Displacement and Returnees in the Countries of the Commonwealth of Independent States and Relevant Neighbouring States*, (Geneva 30- 31 May 1996); *Mediterranean Conference on Population, Migration and Development*, (Palma de Mallorca, Spain 15-17 October 1996); *Technical Symposium on International Migration and Development of the Administrative Committee on Coordination Task Force on Basic Social Services for All*, (The Hague from 29 June to 3 July 1998); *First and Second Ministerial Regional Conferences on People Smuggling, Trafficking in Persons and Related Transnational Crimes*, (Bali, Indonesia, 26-30 April 2002 and 28-30 April 2003).

³³² *Migration and Development: a Human Rights Approach*, Office of the UN High Commissioner for Human Rights, agosto 2006, consultabile su www.ohchr.org/.

³³³ In dettaglio, v. il contributo che il Comitato sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia ha fornito all'AG in vista del dialogo di alto livello, *Protecting the rights of all migrant workers as a tool to enhance development*, Doc. A/61/120 del 3 luglio 2006; e il documento presentato dall'OIL, in occasione del medesimo evento, *International Labour Migration and Development: The ILO Perspective*, settembre 2006.

In conclusione, da questa breve ricognizione della recente prassi delle Nazioni Unite in tema di migrazioni internazionali é emerso che una gestione multilaterale del fenomeno in questione non può non tener conto dei diritti dei soggetti coinvolti. Pertanto, l'esigenza prioritaria sembra essere quella di rafforzare le legislazioni nazionali mediante l'attuazione degli standards internazionali di riferimento. Inoltre, la constatazione dell'esistenza di uno stretto legame tra migrazione e sviluppo impone una maggiore attenzione nei confronti della categoria dei lavoratori migranti. Questi ultimi, infatti, contribuiscono non solo alla crescita economica del Paese di destinazione, ma soprattutto allo sviluppo del proprio Paese di origine (mediante i flussi di rimesse e l'apporto di nuove competenze). Ne deriva la necessità di rafforzare, all'interno di un sistema multilaterale quale quello delle Nazioni Unite, la promozione e la protezione dei diritti dei lavoratori migranti attraverso la ratifica degli strumenti internazionali di tutela.

II-2.2 La Convenzione ONU sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia

La citata Convenzione internazionale sui lavoratori migranti, entrata in vigore dopo oltre dieci anni dalla data della sua adozione³³⁴, nasce dall'esigenza di dotare il sistema internazionale di protezione dei diritti umani di uno strumento volto a garantire una maggiore protezione ai migranti (*sub specie* ai lavoratori) sul presupposto che tali soggetti non siano sufficientemente protetti e che il loro status giuridico e i loro diritti debbano essere maggiormente riconosciuti (punto 11 del

³³⁴ Cfr. G. CATALDI, *La disciplina dell'immigrazione in un disegno di legge regionale: brevi note nell'ottica internazionalista*, in I. CARACCILO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, cit., p. 159 che riconduce le reali ragioni della mancata ratifica a mere valutazioni di carattere politico. Sugli ostacoli alla ratifica della Convenzione, v. J. YAU, *Promise and Prospects of the UN's Convention on migrant workers*, 1 marzo, 2005, su www.gcim.org; A. PÉCOUD, P. DE GUCHTENEIRE, *Migration, human rights and the United Nations: an investigation into the low ratification record of the UN Migrant Workers Convention*, in *Global Migration Perspectives*, n. 3, 2004, su www.gcim.org; P.A.TARAN, *Status and Prospects for the UN Convention on Migrants' Rights*, in *EJML*, n. 2, 2000, p. 92 ss.; J. NIESSEN, P. A. TARAN, *Using the New Migrant Workers' Rights Convention*, in *IMR*, n. 4, 1991, pp. 859-865. In un suo recente parere il Comitato economico e sociale europeo ha voluto sottolineare il fatto che i principali Paesi occidentali (tra cui Stati Uniti d'America, Canada, Australia, Giappone, Stati membri dell'UE) non hanno ancora provveduto alla ratifica della Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia, Doc. SOC/173 del 30 giugno 2004, para. 3.1.

preambolo)³³⁵. La Convenzione, dunque, pone tra i suoi obiettivi principali quello di migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei migranti e dei loro familiari (punto 9); ciò si coniuga con l'esigenza di garantire loro protezione sia nel Paese di origine sia in quello di transito, ad esempio, ponendo in essere azioni che contrastino il traffico clandestino di lavoratori migranti. La condizione di irregolarità in cui versano il più delle volte tali soggetti e che pregiudica il godimento dei più elementari diritti fondamentali, deve poter essere regolamentata all'interno dei diversi ordinamenti statali coinvolti nel processo migratorio³³⁶.

Si tratta dello strumento più completo finora elaborato a livello internazionale sui diritti delle persone migranti ispirato agli esistenti accordi giuridicamente vincolanti sui diritti umani, ed elaborato grazie agli studi, alle conclusioni e alle raccomandazioni condotti accuratamente dai gruppi di esperti e dai diversi organi e agenzie delle NU.

Il Preambolo esprime un chiaro riferimento ai principi e alle norme sanciti negli strumenti sui diritti umani adottati in seno alle Nazioni Unite³³⁷ e all'Organizzazione internazionale del lavoro³³⁸. Tuttavia, la Convenzione si discosta in generale dalle Convenzioni OIL (sulle quali v. *infra*) in materia di migrazioni internazionali, in quanto considera la tutela dei lavoratori migranti nella più ampia prospettiva della questione riguardante la salvaguardia dei diritti dell'uomo piuttosto che la regolamentazione di una particolare categoria di rapporti di lavoro. Ciò spiegherebbe, secondo alcuni, il motivo per cui tale strumento nasce nell'ambito

³³⁵ Un'analisi comparativa dei diversi soggetti migranti è stata affrontata da M. VAN DE BOSCH, *International legal protection of migrant workers, national minorities and indigenous people: comparing underlying concepts*, in *Int'l J. Min. Gr. R.*, 3/2002, pp. 195-233.

³³⁶ È il caso di precisare che la Convenzione delle NU, pur riconoscendo ai lavoratori migranti "undocumented" una serie di diritti fondamentali, non prevede alcun obbligo di regolarizzazione così come affermato nell'art. 35.

³³⁷ In particolare, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948), la Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (1965), i Patti internazionali sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali (1966), la Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale nei confronti delle donne (1979) e la Convenzione sui diritti del fanciullo (1989) (*primo considerando*).

³³⁸ La Convenzione in materia di migrazione per lavoro (n. 97/1949), la Convenzione sui lavoratori migranti (n. 143/1975), le Raccomandazioni concernenti i lavoratori migranti (n. 86/1949 e n. 151/1975), nonché la Convenzione sul divieto di lavoro forzato o obbligatorio (n. 29/1930) e la Convenzione sull'abolizione del lavoro forzato (n. 105/1957).

delle Nazioni Unite e non nel quadro dell'Organizzazione internazionale del lavoro³³⁹.

Il carattere per così dire “umanitario” della Convenzione viene fuori non solo dal contenuto delle norme (in specie quelle che riconoscono diritti fondamentali a tutti i lavoratori migranti in quanto persone umane) e dal richiamo, nel preambolo, ai diversi strumenti internazionali sui diritti umani, ma anche dalla natura inderogabile dei diritti riconosciuti ai singoli e i precisi doveri imposti agli Stati³⁴⁰. Lo scopo è, dunque, quello di guardare al migrante come ad un “soggetto di diritti”; diritti che non devono attenere esclusivamente alla sfera lavorativa, essendo prevalentemente portatore di esigenze economiche, bensì alla sua condizione umana³⁴¹.

II-2.2.1 La Convenzione sui lavoratori migranti e le norme internazionali sui diritti umani

Dalle considerazioni che precedono appare evidente il carattere di *universalità* che viene attribuito alle disposizioni contenute nella suddetta Convenzione, carattere proprio delle norme in materia di diritti umani. Ciò è confermato dalla sfera di applicazione della Convenzione stessa che appare, come nel caso dei principali trattati internazionali sui diritti umani, molto ampia. Lo strumento adottato nell'ambito delle Nazioni Unite, infatti, si applica “a *tutti* i lavoratori migranti e ai membri delle loro famiglie senza alcuna distinzione...” (art. 1.1) che risiedono e lavorano nel territorio dello Stato parte indipendentemente dal fatto se il Paese di provenienza abbia o meno ratificato la Convenzione³⁴².

³³⁹ Sul punto, v. R. BÖHNING, *The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future*, in *IMR*, n. 4, 1991, pp. 698-708.

³⁴⁰ “Non si può rinunciare ai diritti dei lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia previsti nella presente Convenzione. Non é permesso esercitare una qualunque forma di pressione sui lavoratori migranti e i membri della loro famiglia affinché essi rinuncino ad uno qualunque di tali diritti o si astengano dall'esercitarli. Non é possibile derogare per contratto ai diritti riconosciuti nella presente Convenzione. Gli Stati parte prendono le misure appropriate per assicurare che tali principi siano rispettati” (art. 82).

³⁴¹ Cfr. F. PITTAU, *La Convenzione dell'ONU sui lavoratori migranti dieci anni dopo*, in *ASI*, n. 3, 1999, p. 45 ss.

³⁴² Pur registrando un tasso di ratifiche piuttosto basso (si contano infatti solo 36 Parti contraenti al 19 aprile 2007) se paragonato al numero di Stati parte ai principali trattati internazionali sui diritti umani adottati dalle NU, la Convenzione in esame è entrata a far parte a pieno titolo di quell'insieme di norme internazionali ritenute fondamentali in materia (c.d. *core human rights treaties*). Pertanto, la sua applicazione dal carattere pressoché “universale” deriverebbe non già da un numero elevato di parti contraenti, bensì dalla portata e dal contenuto delle norme in essa contenute.

Quanto all'ambito di applicazione delle norme sui diritti umani, benché talune disposizioni adottino un approccio "territorialistico" tale per cui il rispetto degli obblighi si pone nei confronti di quegli individui sottoposti alla giurisdizione statale nel territorio nazionale, taluni organismi internazionali affermando che "gli individui possono rientrare nell'ambito di giurisdizione materiale di uno Stato parte anche quando si trovano al di fuori del territorio di quello Stato"³⁴³, hanno esteso l'ambito di applicazione di tali disposizioni a livello extraterritoriale³⁴⁴.

Con riferimento alla Convenzione sui lavoratori migranti, occorre notare che l'art. 7, in base al quale "gli Stati parte si impegnano...a rispettare e a garantire a tutti i lavoratori migranti e ai membri della loro famiglia che si trovano sul loro territorio e su cui ricade la loro giurisdizione i diritti riconosciuti nella presente

³⁴³ Cfr. CDU Doc. CCPR/C/79/Add 50, 1995, par. 19.

³⁴⁴ Con riferimento al Patto sui diritti civili e politici, malgrado l'art. 2.1 adotti testualmente un approccio territorialistico alla nozione di giurisdizione dello Stato, la prassi del CDU tende verso un'interpretazione non territorialistica della disposizione. Cfr. il caso *Delia Saldias de Lopez v. Uruguay* (del 29 luglio 1981, comunicazione n. 52/1979, in Human Rights Committee, Selected Decisions. Second to Sixteenth Sessions, New York, UN, 1985, p. 91, par. 12.2 e 12.3) con il doc. CCPR/C/79/Add 50, 1995, par. 19 e più di recente il già citato *General Comment* n. 31(80), in cui l'organo di controllo ha avuto modo di precisare che l'obbligo derivante dall'art. 2.1 "means that a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party ...". A sostegno di tale orientamento, v. in dottrina F. LATTANZI, *Il confine fra diritto internazionale umanitario e diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, vol. III, cit., p. 1985 ss.; F. COOMANS, M. T. KAMMINGA, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, 2004.; E. SCISO, *La condizione dei detenuti di Guantanamo fra diritto umanitario e garanzie dei diritti umani fondamentali*, in *RDI*, 1/2003, p. 113 ss.; P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002; M. GANDHI, *The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication: Law and Practice*, Aldershot, 1998, p. 125 ss.; L. CONDORELLI, *Il luogo di commissione dell'illecito e la responsabilità internazionale degli Stati per violazione dei diritti dell'uomo*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, p. 559 ss. La questione relativa alla applicabilità extraterritoriale dei trattati sui diritti umani ed, in particolare, agli effetti giuridici degli atti commessi da uno Stato contraente nell'esercizio della propria giurisdizione fuori dal territorio nazionale (che potrebbero configurare una violazione delle norme contenute nei suddetti trattati), è stata affrontata trasversalmente nel citato parere emesso dalla Corte internazionale di giustizia sulle conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati (v. *supra*, para. I-2.1). L'organo giurisdizionale delle Nazioni Unite, in tale occasione, tenendo conto della prassi del Comitato dei diritti dell'uomo, ha affermato che "the ICCPR is applicable in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory" (para. 111), ossia che Israele risulterebbe responsabile degli atti commessi in violazione dei diritti sanciti nel Patto nei territori palestinesi occupati poiché su di essi esercita il pieno controllo e la piena giurisdizione. Per quanto riguarda la giurisprudenza regionale, in specie quella della Corte europea dei diritti dell'uomo abbiamo avuto modo di notare in precedenza che l'organo di Strasburgo ha voluto limitare la portata del termine "giurisdizione" ribadendone la natura prevalentemente *territoriale*. V. a titolo esemplificativo le già citate sentenze *Loizidou c. Turchia*; *Bancović and others v. Belgium*; *Gentilhomme and Others v. France*; *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia R.* (v. *supra*, para. I-2.1.2a).

Convenzione”, richiama letteralmente la norma corrispondente del Patto sui diritti civili e politici (art. 2.1). Possiamo supporre, in assenza di una prassi interpretativa che chiarisca la portata della norma prevista nella suddetta Convenzione, che la nozione di “giurisdizione statale” in essa contenuta possa essere intesa nel senso dell’applicazione extraterritoriale del trattato.

Un altro aspetto rilevante delle disposizioni sui diritti umani attiene al loro carattere *obiettivo*, in quanto il riconoscimento dei diritti umani previsto da tali norme non è condizionato al c.d. “principio di reciprocità”³⁴⁵. In base a tale principio, uno Stato si impegna a mantenere un determinato comportamento obbligatorio (nei confronti di organi o cittadini stranieri) a condizione che gli altri Stati, vincolati dallo stesso trattato internazionale, facciano lo stesso nei suoi confronti (ossia dei suoi organi o dei suoi cittadini). Nel caso dei trattati che tutelano i diritti dell’uomo il principio di reciprocità viene meno poiché il valore da tutelare non è tanto l’interesse dello Stato volto ad accertare che le altre Parti contraenti rispettino le disposizioni del trattato³⁴⁶, ma la protezione dell’individuo in quanto tale e dei suoi diritti fondamentali³⁴⁷.

³⁴⁵ Sul punto, v. T. MERON, *Human rights and humanitarian norms as customary law*, cit., pp. 99-100. Interessante appare la posizione di chi, pur ammettendo che i trattati sui diritti umani non sono da considerare come trattati “ordinari” nella misura in cui i diritti in essi contenuti non solo preesistono rispetto ai trattati stessi ma addirittura spiegano e giustificano le competenze dei governi in relazione ad essi, osserva che, in quanto fonte pattizia, i diritti umani riconosciuti siano, in realtà, “soggetti inenocidicentrali” di un obbligo contrattuale esistente tra Stati. Pertanto, gli individui rappresenterebbero semplicemente dei “beneficiari fortuiti” di un regime teso, in ultimo, a promuovere i diritti e gli interessi degli Stati. Cfr. M. CRAVEN, *Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law*, cit., p. 493. È stato osservato che i trattati sui diritti umani si inseriscono adeguatamente all’interno della struttura bilaterale standard propria dei trattati. Il loro carattere di non-reciprocità attiene solo al fatto che essi mancano di un chiaro ed evidente “sociological or material exchange” (“a tangibile benefits”) tra gli Stati contraenti, i cui reciproci interessi permangono, sovrapponendosi ed intersecandosi, senza mai divergere, cfr., B. SIMMA, *From bilateral to Community Interest in International law*, in *Recueil des Cours*, Hague, 1994, p. 369. Altri ritengono che la diversità attiene non tanto alla struttura dei trattati, essendo frutto di un accordo tra Stati, quanto alla natura del contenuto. In altre parole, mediante tale strumento gli Stati contraenti decidono di normare un ambito che, oltrepassando il confine degli interessi privati ed interdipendenti, mira a perseguire interessi generali e collettivi. Cfr. C. CAMPIGLIO, *Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati*, cit., p. 26.

³⁴⁶ Da ciò deriva che nessuno Stato può addurre a propria giustificazione, in caso di violazione di un diritto fondamentale, il fatto che un altro Stato abbia tenuto il medesimo comportamento. Cfr. M. CRAVEN, *Legal Differentiation*, cit., p. 494, il quale osserva che in generale la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati enuncia principi che sono applicabili a tutti i tipi di trattati, l’unica chiara eccezione che sembra testimoniare la “specialità” dei trattati sui diritti umani, è riconducibile all’art. 60.5, secondo cui le previsioni relative all’estinzione e alla sospensione di un trattato per violazione sostanziale “non si applicano alle disposizioni relative alla tutela delle persone umane contenute nei trattati di carattere umanitario...”. Sul rapporto tra Convenzione di Vienna del 1969 e

La Convenzione sui lavoratori migranti sembra ricalcare sostanzialmente il modello dei trattati internazionali sui diritti umani, non essendo il godimento dei diritti dei migranti subordinato al rispetto di obblighi reciproci³⁴⁸. La Convenzione, infatti, lungi dal voler disciplinare i rapporti sinallagmatici tra contraenti volti al perseguimento di un interesse particolare, intende perseguire un fine di carattere generale, ossia la tutela del lavoratore migrante in quanto persona umana.

trattati sui diritti umani, alla luce del fenomeno della “frammentazione del diritto internazionale”, v. M. SCHEININ, *Human rights treaties and the Vienna Convention on the law of treaties: conflict or harmony?*, in *The status of international treaties on human rights*, cit., p. 46 ss. Per un commento al “Preliminary Report on the Study on the Function and Scope of the *lex specialis* rule and the question of self-contained regimes”, presentato dal Relatore speciale M. Koskeniemi, v. M. IOVANE, *The activity of the International Law Commission during its 56th session (2004)*, in *IYIL*, Vol. XV, 2005, pp. 272-274.

³⁴⁷ Sulla non-reciprocità delle norme contenute nei trattati sui diritti umani si è pronunciata la Corte inter-americana dei diritti umani nel caso *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A, n. 2, para. 29), “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”. Il carattere speciale di questi trattati era stato, a suo tempo, già riconosciuto dalla Commissione europea dei diritti umani, “... las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes (*Austria vs. Italy*, Application No. 788/60, European Yearbook of Human Rights, (1961), vol. 4, pag. 140). Il Comitato sui diritti umani ha precisato che i trattati sui diritti umani “are not a web of inter-state exchanges of mutual obligations. They concern the endowment of individuals with rights...” (General Comments n. 24 *on Issues Relating to Reservations*, CCPR/C/21/Rev.1/add.6, para. 17 del 4.11.1994). A proposito del caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (between Bosnia-Herzegovina and the Federal Republic of Yugoslavia), il giudice Weeramantry, nella sua opinione separata, puntualizza che la questione relativa alla possibilità per la Bosnia o la Jugoslavia di aderire alla Convenzione sul Genocidio debba essere risolta facendo riferimento non solo alle norme sulla ratifica e sulla adesione, quanto alle speciali caratteristiche di questo trattato. Quest’ultimo, spiega il giudice, come qualunque trattato “umanitario”, non rappresenta uno scambio di interessi o benefici tra Stati contraenti, piuttosto prevede “a commitment of the participating States to certain norms and values recognized by international community” (para. 645-646). Poiché la Convenzione in questione “trascende” dal concetto di sovranità statale, potrebbe essere considerata come soggetta ad un’automatica successione (I.C.J. Reports, 1996, para. 649).

³⁴⁸ M. CRAVEN, *Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law*, in *EJIL*, vol. 11(3), 2000, p. 499 osserva che, anche se la “peculiarità” dei trattati sui diritti umani si fonda sull’idea di non-reciprocità, alcuni trattati che rientrano in tale categoria non presentano una simile caratteristica. In particolare, continua l’A., la Carta sociale europea (1963) e la Convenzione europea sullo status giuridico dei lavoratori migranti (1977) presuppongono il possesso della cittadinanza di uno degli Stati contraenti ai fini del godimento di certi diritti, rafforzando, così, l’importanza della reciprocità. In tali casi, l’individuo gode dei suoi diritti solo se lo Stato di

Tale considerazione, induce a ritenere che gli obblighi derivanti dalla Convenzione abbiano una natura solidale e si impongano a ciascuna parte contraente nei confronti di tutte le altre (*erga omnes partes*)³⁴⁹ con le conseguenze che ne derivano in caso di inadempimento. Come osservato in precedenza, infatti, sul piano della responsabilità internazionale la violazione di obblighi solidali (quali quelli in materia di diritti umani) legittimerebbe anche lo Stato “non direttamente leso” ad invocare la responsabilità dello Stato autore dell’illecito facendo valere il proprio diritto alla riparazione (art. 48.1)³⁵⁰. Inoltre, se si considera che a seguito della violazione di norme sui diritti umani appare piuttosto difficile individuare quale sia lo Stato “specially affected” titolare del diritto alla riparazione (o della facoltà di ricorrere a contromisure individuali)³⁵¹ dal momento che essa determina *in primis* un pregiudizio nei confronti del singolo, sembra opportuno sottolineare la rilevanza della norma del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale che riconosce allo Stato diverso da quello leso il diritto di richiedere forme di riparazione anche “in the interest...of the beneficiaries of the obligation breached” (art. 48.2 lett. b). In riferimento alla violazione di norma sui diritti umani, si pone la questione relativa all’insorgere della responsabilità dello Stato autore dell’illecito nei confronti di

nazionalità diventa parte al trattato. Ne discende che i diritti individuali si distinguono appena dai diritti statali.

³⁴⁹ Come osservato da R. BARATTA, *La Convenzione delle Nazioni Unite sulla protezione dei lavoratori migranti: quali ostacoli all’adesione dei Paesi di ricezione dei flussi migratori?*, in *RDI*, n. 3, 2003, p. 765.

³⁵⁰ V. *supra* para. I-2.1 nota 172. L’art. 48 del Progetto stabilisce che “any State other than an injured State is entitled to invoke responsibility of another State...” (para.1) e “...may claim from the responsible State “cessation of the internationally wrongful act, and assurances and guarantees of non-repetition” (para. 2).

³⁵¹ Tale prospettiva potrebbe ammettersi ove si riconoscesse che da tali violazioni originerebbe un pregiudizio allo Stato sotto forma, ad es., di danno subito dai propri cittadini, ma autorevole dottrina ha già rilevato la difficoltà di stabilire “whether States of nationality should be regarded as “injured” when a national’s human rights are infringed”, dal momento che la riparazione in caso di violazione di norme sui diritti umani andrebbe effettuata in favore del singolo e non dello Stato di appartenenza, cfr. G. GAJA, *Is a State Specially Affected when its Nationals’ Human Rights are Infringed?*, in L. C. VOHRAH et al. (eds), *Man’s Inhumanity to Man*, cit., p. 373 ss. Sulla possibilità per gli Stati terzi di ricorrere alle c.d. “lawful measures” nei casi in cui si verifichi la violazione di una norma di *jus cogens* o di un obbligo *erga omnes*, v. A. GIANELLI, *Le conseguenze delle gravi violazioni di obblighi posti da norme imperative tra norme primarie e norme secondarie*, in M. SPINEDI, A. GIANELLI, M. L. ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, cit., p. 245 ss.; C. HILLGRUBER, *The Right of Third States to Take Countermeasures*, in C. TOMUSCHAT, J. M. THOUVENIN (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, cit., p. 265 ss.; J. CRAWFORD, J. PEEL, S. OLLESON, *The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading*, in *EJIL*, vol. 12(5), 2001, p. 979 ss.

soggetti o entità non statuali (es. gli individui) e alla possibilità per tali soggetti di invocare la responsabilità internazionale facendo valere il proprio diritto alla riparazione per l'illecito subito, sulla quale tuttavia non ci soffermeremo nel corso della trattazione³⁵².

³⁵² Con riferimento a tale profilo, occorre notare preliminarmente che la CDI nel commento all'art. 1 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato ha precisato che "some wrongful acts engage the responsibility of the State...towards the international community as a whole" (A/56/10, cit., para. 4) e che "the term *international responsibility* in article 1 covers the relations which arise under international law from the internationally wrongful act of a State, whether such relations are limited to the wrongdoing State and one injured State or whether they extend also to other States or indeed to other subjects of international law" (para. 5). Ci sembra che l'art. 1 confermi l'esistenza di obblighi (v. in materia di diritti umani) che uno Stato è tenuto ad osservare non solo nei confronti di altri Stati, ma anche di entità non statuali. A nostro avviso, la CDI ha inteso rafforzare tale concetto affermando nel commento all'art. 28 sulle conseguenze dell'illecito che esso "does not exclude the possibility that an internationally wrongful act may involve legal consequences in the relations between the State responsible for that act and persons or entities other than States"; pertanto "State responsibility extends, for example, to human rights violations and other breaches of international law where the primacy beneficiary of the obligation breached is not a State" (para. 3). Inoltre, come è stato osservato in dottrina l'art. 33 del Progetto, partendo dall'assunto che gli obblighi di riparazione dello Stato responsabile possono essere dovuti ad un altro Stato, a diversi Stati o alla "comunità internazionale nel suo insieme" (para. 1), e stabilendo che le norme secondarie sulla responsabilità sono "... without prejudice to any right ... which may accrue directly to any person or entity other than a State" (para. 2), lascerebbe intendere che vi sia la possibilità di riconoscere anche agli individui la titolarità di diritti derivanti da norme secondarie (ad es. il diritto alla riparazione). Cfr., R. PISILLO MAZZESCHI, *Il ruolo marginale dell'individuo nel Progetto della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati*, in M. SPINEDI, A. GIANELLI, M. L. ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, cit., p. 425. Se da un lato, ci sembra che tali disposizioni possano essere interpretate come una timida apertura verso l'affermazione di una responsabilità internazionale dello Stato autore dell'illecito nei confronti di enti non statali o di persone fisiche quando l'obbligo internazionale violato abbia anche questi ultimi come destinatari, dall'altro ci sorprende notare che la CDI nel commento all'art. 33 abbia voluto attribuire al para. 2 la valenza di mera clausola di salvaguardia precisando che il Progetto non si occupa dell'invocazione della responsabilità da parte di persone od enti diversi dallo Stato (A/56/10, cit. para. 4). In argomento, v. pure A. GATTINI, *Alcune osservazioni sulla tutela degli interessi individuali nei progetti di codificazione della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale e sulla protezione diplomatica*, in M. SPINEDI, A. GIANELLI, M. L. ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Milano, 2006, pp. 431-466). Per quanto riguarda le norme convenzionali sui diritti umani, è stato osservato che la titolarità dell'individuo ad invocare la responsabilità dello Stato discenderebbe non soltanto dalla constatazione dell'esistenza di norme primarie che si indirizzano direttamente ad esso, ma soprattutto dall'idea che la loro violazione comporti un obbligo di riparazione anche nei loro confronti non soltanto degli Stati verso cui esiste tale obbligo. In tal senso, cfr. C. DOMINICÉ, *La Préention de la persone privée dans le système de la responsabilité internationale des Etats*, in *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, vol. II, cit., p. 729 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An overview*, in *JICJ*, 1/2003, pp. 339-347; ID., *International Obligations to Provide for Reparation Claims?*, in A. RANDELZHOFFER, C. TOMUSCHAT (eds.), *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, The Hague, 1999, p. 149 ss.; C. TOMUSCHAT, *Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law*, ivi, pp. 1-25. In questo caso, talune garanzie discendenti da norme secondarie - ad esempio, il diritto alla riparazione per l'illecito subito - avrebbero come destinatari non soltanto gli Stati, ma anche gli individui vittime. Inoltre, è stato osservato che il diritto alla

Simili riflessioni sul contenuto delle norme pattizie in materia di diritti umani, rimandano necessariamente ad un altro aspetto fondamentale, ossia al rispetto dell'*integrità* di tale corpus normativo. Secondo tale principio, gli Stati sono chiamati ad astenersi dal formulare delle riserve che possano minacciare la sostanza degli obblighi previsti. La disciplina in materia di riserve, codificata dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (artt. 19-23)³⁵³, ha subito una particolare evoluzione nel corso degli anni con riferimento ai trattati internazionali sui diritti umani³⁵⁴. Protagonisti in questo senso alcuni organi internazionali di garanzia istituiti dai trattati in questione, in particolare, la Corte europea dei diritti dell'uomo e il Comitato dei diritti umani delle NU. Essi hanno più volte affermato che, il fatto che uno Stato formuli una riserva inammissibile (perché espressamente esclusa dal testo del trattato o perché contraria all'oggetto e allo scopo del trattato stesso), non impedisce l'entrata in vigore del trattato per lo Stato che appone la riserva, bensì provoca la sola invalidità di questa ultima (conformemente al principio *utile per inutile non vitiatur*)³⁵⁵. Un simile orientamento mira ad assicurare da un lato

riparazione per violazione di norme sui diritti umani viene, in alcuni casi, conferito all'individuo direttamente dal diritto pattizio in materia (tra gli esempi di norme che attribuiscono direttamente agli individui un diritto alla riparazione, v. l'art. 41 CEDU, l'art. 63.1 CADU, l'art. 6 della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, l'art. 14 della Convenzione contro la tortura, e gli artt. 9.5 e 14.6 del PIDCP. In argomento, v. R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004, p. 26 ss.). Infine, se si considerano le norme (*terziarie*) che stabiliscono forme di accertamento del diritto derivante dalle norme primarie, anche in questi casi gli individui risulterebbero destinatari diretti di quelle norme convenzionali che consentono di mettere in opera procedure di accertamento dinanzi ad organi di controllo internazionali giurisdizionali (v. art. 44 CEDU) o quasi-giurisdizionali (v. il sistema di petizione previsto da taluni trattati sui diritti umani).

³⁵³ Sull'istituto delle riserve ai trattati in generale, si veda, S. BARIATTI, *L'accordo nel sistema delle fonti e il diritto dei trattati*, in S. BARIATTI, S. M. CARBONE, A. SANTA MARIA, R. LUZZATTO (a cura di), *Istituzioni di Diritto Internazionale*, cit., p. 103 ss.; B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, cit., p. 87 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, cit., p. 245 ss.; T. TREVES, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, cit., p. 345 ss. In merito all'adequatezza del regime previsto dalla Convenzione di Vienna in materia di riserve ai trattati sui diritti umani, v. S. BORELLI, *Le riserve ai trattati sui diritti umani*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, cit., pp. 792-795; Cfr. C. CAMPIGLIO, *Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati*, Padova, 1995, p. 141 ss.

³⁵⁴ Significativo a riguardo il richiamo al Parere consultivo della Corte Internazionale di giustizia *Reserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (1950-1951). In tema, v. A. KISS, *International human rights treaties: a special category of international treaty?*, in *The status of international treaties on human rights*, cit., p. 20 ss.

³⁵⁵ Per quanto riguarda la CorteEDU, cfr. le sentenze nei casi *Belilos* (Series A, n. 132, 1988, p. 60), *Weber* (Series A, n. 177, 1990, p. 38-40), e *Loizidou* (Series A, n. 310, 1995, p. 90-98); quanto al Comitato dei diritti umani, *General Comments n. 24 on Issues Relating to Reservations*, cit., *Kennedy c. Trinidad e Tobago* (Suppl. n. 40, del 2 novembre 1999, vol. II, 264 ss.). Una nuova tendenza registrata negli ultimi anni vede gli organi di controllo dei principali trattati sui diritti umani

la più ampia partecipazione degli Stati ai trattati in questione, e dall'altro la prevalenza delle norme in materia di diritti dell'uomo salvaguardandone l'integrità³⁵⁶. Conformemente al principio generale, e in linea con la prassi dei vari organi di controllo internazionali, la Convenzione sui lavoratori migranti autorizza, infatti, gli Stati parte a formulare unicamente riserve che non siano incompatibili con l'oggetto e lo scopo del trattato stesso (art. 91).

In conclusione, la volontà di “reaffirming and establishing basic norms in a comprehensive convention which could be applied universally” (preambolo), che ad oggi non si è tradotta in un elevato numero di ratifiche, potrà in futuro realizzarsi alla luce della rilevanza che le norme della Convenzione internazionali sui lavoratori migranti assumono sul piano più generale degli obblighi derivanti dai principali strumenti internazionali in materia di tutela dei diritti umani.

II-2.2.2 Una nuova concezione del “lavoratore migrante”

Il contesto internazionale che ha ispirato l'elaborazione della Convenzione sui lavoratori migranti ha indotto i redattori a considerare il migrante non soltanto come un'entità economica, bensì come persona umana titolare di diritti fondamentali. Lo strumento adottato dalle Nazioni Unite, infatti, si propone di coniugare due diversi aspetti: da un lato, la condizione di straniero-lavoratore, impiegato in un Paese diverso da quello di appartenenza, e dall'altro, la condizione di essere umano, che deve poter godere, quale che sia la cittadinanza o lo status, dei diritti fondamentali. Un simile approccio trova conferma nella volontà espressa dai redattori di estendere il riconoscimento di tali diritti anche ai lavoratori migranti irregolari³⁵⁷. La Convenzione, infatti, riconosce i diritti umani fondamentali a tutti i lavoratori migranti indipendentemente dalla condizione giuridica (artt. 8-35)³⁵⁸, mentre diritti

maggiormente proiettati verso il dialogo con gli Stati parte che hanno presentato delle riserve al fine di indurli a ritirarle. È quanto rilevato dal Relatore speciale Pellet della CDI in materia di riserve, Doc. A/CN.4/526 del 5 aprile 2002, paras. 48-53.

³⁵⁶ In dottrina sul punto, v. ampiamente S. BORELLI, *Le riserve ai trattati sui diritti umani*, cit., pp. 784-789, specie con riferimento alla c.d. *severability doctrine*.

³⁵⁷ L'attenzione posta nei confronti di tale categoria di soggetti trova origine nel preambolo alla Convenzione in cui si afferma l'esigenza di riconoscere ai lavoratori migranti irregolari e ai membri della loro famiglia una serie di garanzie contro eventuali forme di sfruttamento connesse al fenomeno delle migrazioni clandestine.

³⁵⁸ La parte terza della Convenzione menziona il diritto: di lasciare qualunque Paese compreso il proprio; di ritorno nel Paese di origine; alla vita; a non essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani e degradanti; a non essere ridotto in schiavitù o costretto a svolgere un lavoro forzato; alla

supplementari sono riconosciuti ai soli lavoratori migranti regolari e ai membri delle loro famiglie (artt. 36-56)³⁵⁹. Lo scopo è, dunque, quello di guardare al migrante come ad un “soggetto di diritti” che non devono attenere esclusivamente alla sfera lavorativa bensì alla sua condizione umana³⁶⁰.

È in ragione della necessità di salvaguardare tale condizione che i redattori hanno inteso estendere l’ambito di applicazione della Convenzione a tutto il processo migratorio (che include la partenza, il transito e la durata del soggiorno, l’attività svolta nello Stato di impiego, nonché il ritorno nello Stato di origine o nello Stato di

libertà di pensiero, di coscienza e di religione; alla libertà di espressione; a non essere soggetto ad interferenze nella propria vita privata; a non essere privato arbitrariamente dei propri beni; alla libertà e alla sicurezza personale; a non essere privati arbitrariamente della propria libertà; di accesso alla giustizia; a non essere espulso collettivamente; a non essere espulso se non a seguito di una decisione presa dalle autorità competente in maniera conforme alla legge; di ricorrere alla protezione e all’assistenza delle autorità consolari e diplomatiche del proprio Stato di origine; alla parità di trattamento rispetto ai lavoratori nazionali in materia di remunerazione e di altre condizioni di lavoro; il diritto di partecipare alle attività sindacali e di aderire liberamente ad un sindacato; alla sicurezza sociale; alle cure mediche essenziali; di accesso all’istruzione. Tra le norme che riconoscono i diritti fondamentali di *tutti* i lavoratori migranti indipendentemente dalla condizione giuridica, meritano di essere segnalati gli artt. 28 e 30 poiché dichiarano *espressamente* la volontà di estendere tale riconoscimento anche ai migranti irregolari. In particolare, l’art. 28 stabilisce che “emergency medical care shall not be refused them by reason of any irregularity with regard to stay or employment”; e l’art. 30 che “access to public pre-school educational institutions or schools shall not be refused or limited by reason of the irregular situation with respect to stay or employment of either parent or by reason of the irregularity of the child’s stay in the State of employment”. Il contenuto della parte terza della Convenzione non deve essere inteso come l’equivalente di una sanatoria dal momento che, come stabilito dall’art. 35, “nessuna disposizione può essere interpretata come implicante la regolarizzazione della situazione dei lavoratori migranti o dei membri delle loro famiglie sprovvisti di documenti o in situazione irregolare, né un qualsiasi diritto a tale regolarizzazione della loro situazione, né come inficiante le misure tese ad assicurare le condizioni sane ed eque per le migrazioni internazionali, previste nella sesta parte della presente Convenzione” (traduzione nostra). Tuttavia, resta salvo l’impegno assunto dagli Stati contraenti con riferimento alla possibilità di regolarizzare, conformemente alla legislazione nazionale ed internazionale, la situazione di coloro che si trovano in condizioni di irregolarità. A questo proposito l’art. 69.2 dispone che “ogni qual volta gli Stati parte interessati intravedono la possibilità di regolarizzare la situazione di tali persone conformemente alle disposizioni della legislazione nazionale ed agli accordi bilaterali o multilaterali applicabili, si tiene debitamente conto delle circostanze della loro entrata, della durata del loro soggiorno nello Stato di impiego oltre che di altre considerazioni pertinenti, in particolare quelle che riguardano la situazione familiare” (traduzione nostra).

³⁵⁹ La parte quarta della Convenzione menziona il diritto: alla libertà di movimento all’interno dello Stato di occupazione; di scegliere liberamente la propria residenza; di formare con altri delle associazioni e dei sindacati; di votare ed essere eletti nel proprio Stato di origine; di esercitare i diritti politici nello Stato di occupazione se tale Stato accorda tali diritti; alla parità di trattamento rispetto ai cittadini nazionali per ciò che riguarda l’accesso ai servizi di orientamento professionale e di collocamento, all’alloggio, ai servizi sociali e sanitari; al ricongiungimento familiare; di trasferire i propri guadagni nel Paese di origine; di scegliere liberamente la propria attività lavorativa; di parità di trattamento per quel che concerne la protezione contro il licenziamento e l’indennità di disoccupazione.

³⁶⁰ Cfr. F. PITTAU, *La Convenzione dell’ONU sui lavoratori migranti dieci anni dopo*, in *ASI*, n. 3, 1999, p. 45 ss.

residenza abituale)³⁶¹, ponendo l'accento sul rispetto del diritto umano alla libertà di movimento. Ricalcando il contenuto di altre norme internazionali in materia, infatti, l'art. 8 della Convenzione³⁶², stabilisce che “i lavoratori migranti e i membri della loro famiglia sono liberi di lasciare tutti gli Stati compreso il proprio”³⁶³ e “hanno il diritto in qualunque momento di rientrare e dimorare nel loro Stato di origine”³⁶⁴. Tuttavia, le norme convenzionali suindicate non ostano a che uno Stato eserciti il proprio potere di disciplinare autonomamente l'ammissione e l'allontanamento degli stranieri dal proprio territorio³⁶⁵.

In conclusione, ci sembra che la convenzione delle Nazioni Unite si sia ispirata ad una diversa concezione di lavoratore migrante. L'esigenza di rafforzare il sistema di protezione dei diritti di tali soggetti, infatti, muove non soltanto dalla constatazione che i migranti occupati in uno Stato diverso da quello di appartenenza necessitano di una maggiore tutela a fronte dei diffusi fenomeni di sfruttamento economico, ma soprattutto dall'idea che essi siano prima di tutto persone umane titolari di diritti fondamentali che occorre tutelare anche con riferimento alla sfera personale e familiare.

II-2.3.3 Le garanzie sostanziali in favore dei membri della famiglia del lavoratore migrante. Il problema dell'esistenza di un diritto al ricongiungimento familiare

Lo strumento adottato dalle Nazioni Unite rappresenta, come vedremo rispetto alle convenzioni adottate nell'ambito dell'OIL, un'evoluzione in quanto definisce chiaramente il significato dell'espressione “membro della famiglia” del lavoratore

³⁶¹ V. a riguardo l'art. 1.2 della Convenzione.

³⁶² La norma introduce la parte terza della Convenzione dedicata ai “Diritti umani di tutti lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie”.

³⁶³ L'art. 8.2, inoltre, stabilisce che tale libertà non può essere soggetta a restrizioni se non quelle previste dalla legge, necessarie alla protezione della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della salute o della moralità pubblica, o del diritto e libertà degli altri, e compatibili con gli altri diritti riconosciuti dalla presente parte della Convenzione” (traduzione nostra).

³⁶⁴ Ricordiamo, inoltre, tra i diritti che la Convenzione riconosce ai soli lavoratori migranti (e membri della loro famiglia) provvisti di documenti o in situazione regolare (parte quarta) “il diritto di circolare liberamente sul territorio dello Stato di impiego e di sceglierli liberamente la residenza” (art. 39).

³⁶⁵ In tal senso dispone l'art. 79 secondo cui “nothing in the present convention shall effect the right of each State party to establish the criteria governing admission of migrant workers and members of their families” (parte ottava della Convenzione dedicata alle “Disposizioni finali”). Le norme convenzionali, dunque, non sembrano intaccare il diritto sovrano di ogni Stato di consentire o rifiutare a uno straniero di entrare nel suo territorio, lasciandogli la libertà di regolamentare l'ingresso o, eventualmente, l'espulsione dei lavoratori migranti.

migrante. Essa include “le persone sposate ai lavoratori migranti o aventi con questi delle relazioni che, in virtù della legge applicabile, producono degli effetti equivalenti al matrimonio, i figli a carico e altre persone a carico che sono riconosciute come membri della famiglia in virtù della legislazione applicabile o di accordi bilaterali o multilaterali applicabili tra gli Stati interessati” (art. 4)³⁶⁶. Da notare il carattere estremamente flessibile della norma nella misura in cui rinvia al contenuto della legislazione interna ed internazionale applicabile per la determinazione degli “effetti equivalenti al matrimonio” o della nozione di “figli e persone a carico”³⁶⁷.

Tra le garanzie che la Convenzione internazionale sui lavoratori migranti prevede in favore dei membri delle loro famiglie³⁶⁸, merita particolare attenzione la norma che riconosce la famiglia come “elemento naturale e fondamentale della società e dello Stato”³⁶⁹ e la tutela dell’unità familiare³⁷⁰ (art. 44.1), pur nei limiti che

³⁶⁶ Si tratta di una definizione che completa quanto riportato nell’art. 13.2 della Convenzione OIL n. 143, secondo cui per “familiare” deve intendersi il coniuge del lavoratore migrante, i figli e i genitori a carico. Per quanto riguarda gli strumenti adottati nell’ambito del Consiglio d’Europa, occorre precisare che nel caso della *Convenzione sullo status di lavoratore migrante* la definizione di membri della famiglia può essere dedotta dal contenuto della norma che autorizza la riunificazione familiare (art. 12.1). In particolare, si tratta dei coniugi e dei figli non sposati a carico ritenuti ancora minori dalla legislazione del Paese di accoglienza. Al contrario, l’Appendice alla *Carta sociale europea*, con riferimento all’attuazione dell’art. 19.6, ritiene membri della famiglia del lavoratore migrante “the worker’s spouse and unmarried children, as long as the latter are considered to be minors by the receiving State and are dependent on the migrant worker”. Nell’ambito dell’ordinamento comunitario, la nozione di “familiare” viene intesa in un senso più ampio sia nell’art. 4 della Direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare, 22-09-2003, in GUCE L 251, del 3 ottobre 2003, 12 ss. (attuata in Italia con D. Lgs. 8 gennaio 2007, n. 5, in GURI n. 25 del 31 gennaio 2007) sia nell’art. 2 della Direttiva 2004/36/CE relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, cit. (attuata in Italia con D. Lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, in GURI n. 25 del 31 gennaio 2007).

³⁶⁷ Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 171.

³⁶⁸ In sintesi, ricordiamo che la Convenzione in esame riconosce una serie di diritti fondamentali a tutti i lavoratori migranti e ai membri delle loro famiglie qualunque sia la natura del loro status giuridico (parte III), e alcuni diritti aggiuntivi ai soli migranti in condizione regolare (parte IV). Per quanto riguarda, le garanzie espressamente previste in favore dei familiari regolarmente presenti nello Stato di impiego del lavoratore, occorre segnalare in particolare: l’art. 45 che riconosce l’uguaglianza di trattamento rispetto ai cittadini nazionali in relazione ad una serie di servizi sociali, sanitari, culturali; l’art. 50 che prevede, in caso di separazione, la possibilità che lo Stato di impiego del lavoratore conceda, in virtù del principio del ricongiungimento familiare, un permesso di soggiorno ai membri della sua famiglia; e l’art. 53 che garantisce ai membri della famiglia di un lavoratore migrante in possesso di un permesso di soggiorno (senza limiti di tempo o automaticamente) il diritto di scegliere liberamente la loro attività remunerata. Ulteriori garanzie in favore dei familiari del lavoratore migranti, sono previste nelle Convenzioni OIL del 1949 (artt. 5, 6 e 8) e del 1975 (artt. 9, 10 e 13), nella Convenzione europea sullo status di lavoratore migrante (artt. 7, 9, 10, 12, 14, 18, 19 e 27) e nella Carta sociale europea (art. 19).

³⁶⁹ Tra gli strumenti internazionali che riconoscono la famiglia come nucleo fondamentale: la Dichiarazione universale (art. 12); il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 23.1); e il

discendono dalla sua collocazione nella parte quarta della Convenzione. Ci riferiamo in particolare al fatto che tali garanzie sono previste nei confronti dei soli migranti regolarmente presenti nel territorio dello Stato di destinazione.

Inoltre, l'art. 44 non riconosce un vero e proprio diritto al ricongiungimento familiare³⁷¹, dal momento che *invita* semplicemente gli Stati contraenti ad adottare le misure appropriate e rientranti nella propria competenza al fine di "favorire la riunificazione dei lavoratori migranti con i coniugi o con persone aventi con loro relazioni che, secondo la legge applicabile, producono effetti equivalenti al matrimonio, e con figli minorenni non sposati a loro carico" (para. 2). In tal caso, il limite di applicazione, riscontrabile nella regolarità dello *status* giuridico del lavoratore migrante, sarebbe giustificabile probabilmente in ragione del fatto che una eventuale estensione della tutela anche in favore degli irregolari avrebbe di sicuro incentivato ed incrementato l'ingresso di clandestini³⁷².

Patto sui diritti economici, sociale e culturali (art. 10). A livello regionale, l'art. 12 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo riconosce indirettamente il valore della famiglia attraverso la protezione del diritto al matrimonio.

³⁷⁰ Il diritto all'unità familiare come diritto fondamentale viene ricostruito, inoltre, sulla base dei principi e delle norme internazionali che riconoscono e garantiscono una tutela specifica nei confronti della famiglia e della vita privata contro interferenze arbitrarie da parte dei pubblici poteri. A riguardo, v. la Dichiarazione universale (art. 16.3); il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 17); il Patto sui diritti economici, sociale e culturali (art. 10); e la Convenzione internazionale sui lavoratori migranti (art. 14). A livello regionale, ricordiamo l'art. 8 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo.

³⁷¹ In tal senso, la Convenzione in esame appare in linea con gli altri strumenti normativi internazionali sui diritti umani, dal momento che questi ultimi non riconoscono esplicitamente alcun diritto al ricongiungimento familiare. Una norma internazionale che prevede espressamente la possibilità di inoltrare domanda al fine di ottenere il ricongiungimento, è rappresentata dall'art. 10.1 della Convenzione sui diritti del fanciullo secondo cui "ogni domanda presentata da un fanciullo o dai suoi genitori ... al fine di un ricongiungimento familiare sarà considerata con uno spirito positivo, con umanità e rapidità". Ciò nonostante, non ci sembra che la norma riconosca chiaramente un vero e proprio diritto individuale al ricongiungimento.

³⁷² Parimenti, la norma corrispondente contenuta nell'art. 13.1 della Convenzione OIL n. 143, stabilisce che "ogni membro può adottare tutte le misure appropriate ... per favorire il ricongiungimento familiare di tutti i lavoratori migranti legalmente residenti sul proprio territorio". Per quanto riguarda la Convenzione europea del 1977, l'art. 12.1 secondo cui "the spouse of a migrant worker who is lawfully employed in the territory of a Contracting Party and the unmarried children ... who are dependent on the migrant worker, are authorised ... to join the migrant worker in the territory of a Contracting Party", pur non specificando alcunché sulla natura dello status giuridico dei familiari dal momento che l'unico riferimento attiene alla regolarità della condizione di impiego del lavoratore, deve essere interpretata tenendo conto di quella che è la sfera di applicazione *ratione personae* del trattato stesso, limitata come noto ai soli migranti regolari. Ulteriori limiti si riscontrano nelle previsioni contenute al paragrafo 2, secondo cui il ricongiungimento sarà riconosciuto solo ai familiari del lavoratore che dispone di un alloggio adeguato e potrà essere condizionato ad un periodo di attesa che non dovrà superare i dodici mesi. La condizione di regolarità viene in rilievo anche nella *Carta sociale europea*, secondo cui gli Stati parte sono invitati "to facilitate as far as possible the reunion of the family of a foreign worker permitted to establish himself in the territory" (art. 19.6).

È evidente la stretta correlazione tra le disposizioni appena richiamate in quanto è anche attraverso l'adozione di misure volte a favorire il ricongiungimento che gli Stati parte assicurano la tutela dell'unità familiare³⁷³. Tuttavia, l'impegno che ciascuno Stato contraente si assume nel favorire il riavvicinamento tra il lavoratore migrante e un membro della sua famiglia non discende, *di per sé*, dall'esistenza di un vero e proprio diritto individuale al ricongiungimento. Infatti, lo Stato conserva il potere discrezionale di decidere a quali condizioni subordinare l'ammissione di nuovi stranieri nel proprio territorio (si pensi, alla disponibilità di un alloggio e di risorse sufficienti da parte del lavoratore richiedente, ovvero alla determinazione di quei soggetti che rientrerebbero nella nozione di "familiare" sulla base della legislazione interna). In sintesi, si tratta ancora una volta di stabilire quale sia il confine tra l'esercizio della sovranità statale e il riconoscimento effettivo dei diritti fondamentali dei migranti³⁷⁴.

Se nel contesto appena delineato, non sembra possibile riscontrare l'esistenza di

³⁷³ Che le garanzie previste in materia di ricongiungimento familiare siano funzionali alla tutela del diritto alla vita familiare è stato ben evidenziato nella giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo riconducibile all'applicabilità dell'art. 8 della CEDU. Tuttavia, in una sentenza del 2001 l'organo di Strasburgo ha avuto modo di precisare che "in materia di immigrazione, l'art. 8 non può essere interpretato nel senso che esso implichi per uno Stato membro l'obbligo generale di rispettare la scelta, da parte di coppie coniugate, della loro comune residenza e di consentire il ricongiungimento familiare sul proprio territorio" (*Sen c. Paesi Bassi*, ricorso n. 31465/96 del 21 dicembre 2001, su www.echr.coe.int, para. 36 lett. c). Lo Stato, come noto, è libero di decidere se consentire o meno l'ingresso di nuovi stranieri sul proprio territorio per ricongiungimento familiare, ovvero, laddove i familiari fossero già presenti, se emanare un provvedimento di allontanamento; l'unico limite imposto dalla normativa internazionale consiste nel fatto che tali misure (adottate mediante un provvedimento legislativo) dovranno in ogni caso essere giustificate da ragioni che attengono alla sicurezza nazionale e all'ordine pubblico. Nell'adottare tali misure, che incidono evidentemente sulla vita familiare del soggetto interessato, le autorità competenti dovranno bilanciare gli interessi individuali e della società senza incorrere nella violazione degli obblighi negativi e positivi inerenti al rispetto effettivo del diritto sancito nell'art. 8 CEDU (para. 31). In argomento v. pure le sentenze 19 febbraio 1996, *Gül c. Svizzera*, cit., para. 38; 28 novembre 1996, *Ahmut c. Paesi Bassi*, in *Recueil*, 1996-VI, para. 63; *Sen c. Paesi Bassi*, cit., para. 31. In dottrina, v. S. SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations*, cit., p. 230 ss.; H. LAMBERT, *The European Court of Human Rights and the Rights of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion*, in *IJRL*, 11(3), 1999, p. 431 ss.; R. CHOLEWINSKI, *The Protection of the Second-Generation Migrants from Expulsion under Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *Neth. Q. Hum. R.*, 1994, p. 1994 ss. In alcune recenti sentenze, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di ribadire l'obbligo degli Stati contraenti di adottare misure positive ed effettive al fine di garantire i legami familiari (da qualunque interferenza da parte dei pubblici poteri) tutelando in special modo l'interesse del minore ai sensi dell'art. 8 CEDU (causa 37284/02, *Lafargue c. Romania* 13 luglio 2006 e causa 12643/02, *Moser c. Austria* 21 settembre 2006).

³⁷⁴ Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 173, secondo il quale sarebbe errato parlare di un diritto al ricongiungimento familiare a fronte di una persistente discrezionalità dello Stato nel decidere le condizioni di ingresso e di soggiorno nel proprio

un vero e proprio diritto al ricongiungimento familiare³⁷⁵, se non attraverso un'interpretazione estensiva di talune norme affini, al contrario l'ordinamento giuridico comunitario appare, come avremo modo di notare nel capitolo quarto, maggiormente garantista grazie all'introduzione di una specifica normativa in materia.

II-2.2.4 Il meccanismo di garanzia previsto dalla Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti

Dopo aver analizzato sinteticamente taluni aspetti riconducibili al contenuto delle norme materiali della Convenzione del 1990, sembra opportuno esaminare brevemente le procedure di controllo previste da tale strumento atte a verificare il rispetto degli obblighi assunti dagli Stati contraenti nei confronti della categoria dei lavoratori migranti.

A questo riguardo, la Convenzione prevede all'art. 72, la creazione di un Comitato per la protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia (di seguito "Comitato")³⁷⁶, incaricato di esaminare i rapporti presentati da ciascuno Stato parte sulle misure legislative, giudiziarie ed amministrative adottate in attuazione delle disposizioni convenzionali (artt. 73 ss). Il Comitato, esaminati i rapporti, trasmette allo Stato parte interessato i commenti che ritiene opportuni e lo Stato può sottomettere al Comitato delle osservazioni su ogni commento fatto conformemente alle disposizioni della Convenzione (art. 74.1). Il Comitato, sulla base dei rapporti esaminati³⁷⁷ e delle osservazioni pervenute dagli

territorio. Tuttavia, l'A. evidenzia l'importanza della norma in esame in quanto rappresenterebbe un ulteriore passo verso la realizzazione di tale diritto.

³⁷⁵ In argomento, v. M. C. CICIRIELLO, *Il ricongiungimento familiare come diritto fondamentale del migrante*, in I. CARACCILO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, cit., pp. 75-83; K. JASTRAM, *Family Unity*, in T. A. ALENIKOFF, V. CHETAIL, *Migration and International Legal Norms*, cit. p. 185 ss.

³⁷⁶ In conformità all'art. 72 della Convenzione, la prima riunione degli Stati parti si è svolta in data 11 dicembre 2003 presso le Nazioni Unite. Nel corso del primo meeting gli Stati hanno provveduto all'elaborazione di un'Agenda provvisoria (Doc. CMW/SP/1 del 26.09.2003) nonché all'elezione dei membri del Comitato (Doc. CMW/SP/2 del 6.10.2003). In occasione dell'ottavo meeting, il Comitato adotta il testo del regolamento (Provisional Rules of Procedure, 8th meeting, Doc. CMW/C/L.1 del 4 mar 2004) e richiede al Segretario Generale delle Nazioni Unite di fissare due sessioni nel 2005, in luglio e in ottobre.

³⁷⁷ La Convenzione prevede, all'art. 74, la partecipazione dell'OIL nella procedura riguardante la presentazione di rapporti periodici al Comitato da parte degli Stati, stabilendo che "...prima dell'apertura di ogni sessione ordinaria del Comitato, il Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite trasmette al Direttore generale dell'Ufficio internazionale del Lavoro copie dei rapporti presentati dagli Stati parte interessati e informazioni utili per l'analisi di tali rapporti, al fine

Stati, presenta un rapporto annuale all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite sull'applicazione della Convenzione contenente le proprie raccomandazioni (art. 74.7)³⁷⁸. Sebbene un simile sistema di controllo risulti poco efficace³⁷⁹ da un punto di vista giuridico, tuttavia costituisce un efficace mezzo di pressione politica.

Ogni Stato può, inoltre, dichiarare in ogni momento di riconoscere la competenza del Comitato a ricevere ed esaminare comunicazioni nelle quali uno Stato parte ritenga che un altro Stato parte non abbia adempiuto agli obblighi derivanti dalla Convenzione (art. 76), ovvero può dichiarare in ogni momento di riconoscere la competenza del Comitato a ricevere ed esaminare le comunicazioni presentate da o per conto di un individuo appartenente alla sua giurisdizione, nelle quali essi lamentino il mancato rispetto dei loro diritti individuali (riconosciuti nella Convenzione) da parte di uno Stato contraente (art. 77). In entrambi i casi, il Comitato non riceverà alcuna comunicazione che interessi uno Stato parte che non

di permettere all'Ufficio di aiutare il Comitato attraverso le conoscenze specializzate che può fornire per quel che concerne le questioni trattate nella presente Convenzione che entrano nell'ambito delle competenze dell'Organizzazione internazionale del Lavoro. Il Comitato terrà conto, nelle sue deliberazioni, di tutti i commentari e documenti che potranno essere forniti dall'Ufficio ...". La medesima disposizione prevede altresì la possibilità da parte del Comitato di inviare una copia dei rapporti anche agli altri istituti specializzati oltre che alle organizzazioni intergovernative (para. 6). La sessione X della parte prima del regolamento del Comitato contiene, conformemente alla norma di cui sopra, disposizioni sulla partecipazione delle agenzie specializzate (in particolare l'OIL) e altri organi delle Nazioni Unite nonché di organizzazioni intergovernative nella procedura dei rapporti periodici.

³⁷⁸ Il Comitato ha presentato i seguenti rapporti: Doc. A/59/48 relativo alla prima sessione del 1-5 mar 2004); Doc. A/60/48 relativo alla seconda sessione del 25-29 aprile 2005; e Doc. A/61/48 relativo alla terza e alla quarta sessione rispettivamente del 12-16 dic 2005 e del 24-28 aprile 2006. Comune ai tre rapporti appare l'intento di rafforzare la cooperazione con gli organi e gli uffici delle Nazioni Unite, l'Organizzazione internazionale per le migrazioni, l'UNICEF, l'Organizzazione internazionale del lavoro, nonché con diverse ONG. Il Comitato ha inoltre presentato le sue "concluding observations" in merito ai rapporti presentati da taluni Stati parti in conformità all'art. 72 della Convenzione. Tra queste: CMW/C/MLI/CO/1 31-05-2006 (Mali); CMW/C/MEX/CO/1 20-12-2006 (Messico); CMW/C/EGY/CO/1 25-05-2007 (Egitto); CMW/C/ECU/CO/1 26-11-2007.

³⁷⁹ Si ritiene i meccanismi di controllo previsti dagli strumenti internazionali (v. *supra* per quanto riguarda PIDCP, PIDESC e CEDR) risultano relativamente deboli rispetto a quelli messi in atto nel contesto regionale (v. *supra* per quanto riguarda CEDU, CADU e CADUP). I primi si basano su delle procedure di monitoraggio attuate per mezzo dei rapporti statali inviati ed esaminati dagli organi predisposti a tale scopo le cui conclusioni non determinano alcuno obbligo in capo agli Stati. In ambito regionale, operano dei procedimenti di tipo giurisdizionale che vedono come protagonisti delle vere e proprie Corti chiamate ad esprimersi con sentenze sul comportamento illecito di uno Stato. A rendere particolarmente efficace un simile procedimento contribuiscono non solo gli atti vincolanti che concludono il procedimento e che determinano un obbligo in capo agli Stati di rispettarne i contenuti, ma il diritto degli individui "vittime" di adire direttamente l'organo giudiziario in questione. Pertanto non vi è dubbio che il controllo giurisdizionale, per gli aspetti analizzati, garantisce una forma di protezione maggiormente efficace dei diritti dell'uomo.

abbia riconosciuto siffatta competenza³⁸⁰, né procederà se non dopo essersi assicurato che tutti i ricorsi interni siano stati utilizzati ed esauriti (artt. 76.1 lett. c e 77.3 lett. a).

In particolare, l'art. 76 prevede che “se uno Stato parte della presente Convenzione ritiene che un altro Stato parte non ottemperi agli impegni derivanti dalla Convenzione, può richiamare, con comunicazione scritta, l'attenzione di tale Stato sulla questione...”³⁸¹. Lo Stato interessato, entro tre mesi dalla data di ricezione della comunicazione, fa pervenire allo Stato richiedente spiegazioni o altre dichiarazioni scritte tese a chiarire la questione. Se, entro sei mesi dalla data di ricezione della comunicazione originale, la questione non è stata risolta con soddisfazione dei due Stati parte interessati, tanto l'uno quanto l'altro avranno diritto di deferirla al Comitato, mediante una notifica indirizzata allo stesso Comitato e all'altro Stato interessato. Il Comitato è tenuto a presentare un rapporto in cui si limiterà ad esporre brevemente i fatti e la soluzione raggiunta laddove la questione si sia risolta amichevolmente. A ben vedere, tale procedura non ha carattere giurisdizionale in quanto dà luogo soltanto ad un procedimento di conciliazione, non già a delle decisioni vincolanti per gli Stati contraenti.

Quanto alla procedura occasionale basata sulle comunicazioni individuali (art. 77), il Comitato è incaricato di valutarne la ricevibilità e, se del caso, di richiedere allo Stato interessato utili chiarimenti ed osservazioni. Il procedimento si conclude con l'emanazione di constatazioni finali che il Comitato provvede a notificare allo Stato parte interessato ed all'autore della comunicazione. La Convenzione, nulla prevede sulla possibilità, per il Comitato di suggerire, ove sia stata riscontrata la violazione di una norma, le misure che lo Stato è tenuto ad adottare per ripristinare la situazione o risarcire il soggetto leso³⁸².

³⁸⁰ La suddette procedure saranno avviate solo a partire dal momento in cui dieci Stati presenteranno tale dichiarazione di accettazione della competenza del Comitato (artt. 76.2 e 77.8).

³⁸¹ Come è stato osservato, ciascuno Stato non solo ha il dovere di rispettare gli obblighi assunti sul piano internazionale, ma anche il diritto, e quindi la responsabilità, di “vigilare” affinché gli altri Stati si conformino alle norme sui diritti umani. Si tratta, in altre parole, di prevedere il ricorso (inter-statale) ai mezzi messi a disposizione dal diritto internazionale (pattizio e consuetudinario) qualora vi sia una violazione dei diritti umani. Cfr., L. HENKIN, *Inter-State responsibility for compliance with human rights obligations*, in L. C. VOHRAH et al. (eds), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, cit., pp. 383-398.

³⁸² La Convenzione stabilisce che “nessuno dei meccanismi di controllo pregiudica il diritto di uno Stato di ricorrere alle procedure di regolamento delle controversie o di reclami previsti, per le

In conclusione, la procedura basata sui reclami individuali contribuisce senza dubbio a rendere il sistema di controllo previsto dalla Convenzione maggiormente efficace in quanto consente ai lavoratori migranti di beneficiare direttamente sul piano internazionale di valide ed adeguate forme di tutela. Tale diritto di ricorso trova la sua ragion d'essere nell'inadeguatezza dei procedimenti interni di tutela, dovendo gli Stati contraenti garantire ad ogni persona, i cui i diritti e libertà siano stati violati, di disporre "...di rimedi effettivi anche se la violazione è stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali; che ogni persona che eserciti il diritto di ricorso ottenga che la sua causa sia esaminata e decisa da un'autorità giudiziaria, amministrativa o legislativa, o da un'altra autorità competente..." (art. 83)³⁸³.

II-2.3 La prassi dell'OIL in materia di migrazioni internazionali

Negli anni recenti, le attività svolte dall'OIL nel campo delle migrazioni internazionali hanno contribuito a migliorare le politiche migratorie a livello nazionale e multilaterale³⁸⁴.

In particolare, merita di essere menzionato il rapporto presentato dall'Ufficio Internazionale del Lavoro, *Towards a fair deal for migrant workers in the global economy*³⁸⁵, e discusso nell'ambito della 92° sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro. Secondo quanto riportato nel documento, il numero dei migranti in cerca di un'occupazione e di migliori condizioni di vita tende a crescere rapidamente a causa del fallito tentativo dell'economia globalizzata di fornire opportunità economiche e lavorative nei Paesi di appartenenza.

Il rapporto, inoltre, evidenzia alcune dinamiche positive generate dal fenomeno migratorio transnazionale con riferimento sia ai Paesi di origine (riduzione della disoccupazione e incremento degli investimenti dovuto al flusso delle rimesse)³⁸⁶ sia

materie coperte dalla Convenzione, dagli strumenti costitutivi e dalle convenzioni dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e dagli istituti specializzati" (art. 78).

³⁸³ Traduzione nostra.

³⁸⁴ Sulle attività svolte dall'OIL nel campo delle migrazioni, v. *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, General Surveys - Migrant Workers*, 1999, e in particolare, Report III(1B). Migrant Workers, 87° sessione Conferenza Internazionale sul Lavoro, Ginevra 1999.

³⁸⁵ ILO, *Towards a fair deal for migrant workers in the global economy*, 92° sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro, Ginevra 2004.

³⁸⁶ *Ivi*, pp. 18-30.

ai Paesi di destinazione (rinnovamento della popolazione e crescita economica)³⁸⁷. Tra le questioni affrontate, non poca importanza riveste la problematica relativa alle disparità di trattamento tra i lavoratori migranti e i lavoratori nazionali (specie in termini di condizioni lavorative, di accesso alla sicurezza sociale e di benefici derivanti da precedenti occupazioni), nonché alle situazioni di sfruttamento cui essi sono soggetti³⁸⁸.

Sulla scia del rapporto in questione, la Conferenza ha adottato nella medesima sessione un *Piano d'azione*³⁸⁹ teso a garantire che i lavoratori migranti siano tutelati dalle norme nazionali ed internazionali in materia di lavoro³⁹⁰. Il piano d'azione intende promuovere lo sviluppo di un *framework* multilaterale non vincolante che consentisse la gestione del fenomeno in partenariato con le organizzazioni internazionali e multilaterali. Il sistema delineato dalla Conferenza focalizza l'attenzione su alcuni punti essenziali che coinvolgono più da vicino sia i Paesi di destinazione che quelli di origine, tra i quali: la promozione del c.d. "decent work" per i lavoratori migranti; il controllo delle agenzie private di collocamento, la lotta contro il traffico illecito di migranti e la tratta di persone prevenendo e contrastando la migrazione irregolare di manodopera. Il *Piano d'azione* affronta, inoltre, i rischi ai quali vengono esposti i lavoratori migranti nei settori dell'economia domestica ed informale, proponendo di migliorare il meccanismo di ispezioni sul lavoro, di creare dei canali di ricorso per i lavoratori migranti e di incoraggiare la migrazione di ritorno, la reintegrazione nei Paesi di origine così come il trasferimento di capitali e tecnologie.

³⁸⁷ *Ivi*, pp. 30-36.

³⁸⁸ *Ivi*, p. 41 ss.

³⁸⁹ L'intento di adottare un piano d'azione nasce dall'esigenza di rafforzare il dialogo sociale tra i diversi attori internazionali al fine di predisporre un meccanismo di gestione multilaterale del fenomeno migratorio internazionale in grado di coniugare gli effetti della globalizzazione con la tutela dei diritti dei lavoratori migranti. Ris. *Fair Deal for Migrant Workers in the Global Economy* della Conferenza Internazionale del Lavoro, 92° sessione, 2004. Il Consiglio d'Amministrazione dell'OIL ha rilevato alcuni tra gli obiettivi che la suddetta risoluzione si propone di realizzare. Tra questi: "development of a non-binding multilateral framework for a rights-based approach to labour migration; wider application of international labour standards and other relevant instruments; capacity building, awareness raising and technical assistance; strengthening social dialogue; improving the information and knowledge base on global trends in labour migration, conditions of migrant workers, and effective measures to protect their rights", cfr. Doc. GB. 291/3/1, november 2004.

³⁹⁰ Consultabile su <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/>.

Il *Piano d'azione* proposto dalla Conferenza prevede, infine, l'elaborazione di un *Sistema multilaterale di gestione delle migrazioni per lavoro* che tenga conto non solo delle esigenze del mercato del lavoro in un'economia sempre più globalizzata, ma soprattutto che indirizzasse i singoli Stati ad adottare delle politiche migratorie basate sul rafforzamento degli standards di protezione dei diritti dei lavoratori migranti³⁹¹. In sintesi, tra le questioni affrontate nel *Framework*: il c.d. “decent work”, la cooperazione internazionale, la protezione dei lavoratori migranti, la loro integrazione sociale, nonché il rapporto tra migrazione economica e sviluppo.

Tra i vari punti inseriti nell'agenda dei lavori della 92esima sessione della Conferenza, merita una attenzione particolare la presentazione e la discussione del rapporto finale della *Commissione mondiale sulla dimensione sociale della globalizzazione* ultimato nel febbraio 2004. Il rapporto, intitolato “*A Fair Globalization: Creating Opportunities For All*”³⁹², dedica ampio spazio al fenomeno delle pressioni migratorie internazionali, la cui intensificazione (spesso connessa a fenomeni di traffico illegale di persone e del loro sfruttamento) è direttamente imputata all'assenza di un sistema multilaterale di gestione dei flussi migratori transnazionali nell'ambito delle relazioni economiche e finanziarie internazionali³⁹³. Accanto all'esigenza di intensificare i processi di ratifica e di attuazione degli trattati sui migranti, sui rifugiati e sulla tratta degli esseri umani, occorrono misure specifiche al fine di costruire un quadro multilaterale atto a fornire regole uniformi e trasparenti in materia di spostamenti transnazionali delle persone ed equilibrare gli interessi sia dei migranti sia dei paesi di origine e di destinazione. Viene, pertanto, fortemente auspicato un accordo, in seno alla Comunità internazionale, per provvedere alla regolamentazione dei fenomeni indicati sulla base del presupposto dell'esistenza dell'interesse degli Stati “...to ensure that the process is fair to both sending and receiving countries; to make the process orderly, predictable and legal;

³⁹¹ *ILO Multilateral Framework on Labour Migration: Nonbinding principles and guidelines for a rights-based approach to labour migration*, adottato nell'ambito del Tripartite Meeting of Experts, svoltosi a Ginevra dal 31 ottobre al 2 novembre 2005 (Doc. TMMFLM/2005/1) e presentato nel corso della 295° sessione (marzo 2006) del Consiglio d'Amministrazione (Doc. GB.295/13, p. 6).

³⁹² World Commission on the Social Dimension of Globalization, *A Fair Globalization: Creating Opportunities for All*, 24 febbraio 2004, reperibile sul sito www.ilo.org.

³⁹³ Con riferimento al traffico di persone, si legge “a particularly disturbing aspect of the rise in human trafficking is that an increasing proportion of the victims are women, often trapped in degrading conditions in the sex and entertainment trades”. Parte III.2.2: par. 433.

to eliminate trafficking and other current abuses where women are especially vulnerable”³⁹⁴. In tal modo, oltre a facilitare l'integrazione dei lavoratori migranti a livello locale garantendone i diritti, verranno pienamente colte tutte le opportunità che i fenomeni migratori possono offrire sui processi di sviluppo³⁹⁵.

Nell'ambito del recente rapporto *Uguaglianza nel lavoro: affrontare le sfide*³⁹⁶ sulle principali forme di discriminazione nel mondo del lavoro, l'OIL ha registrato un preoccupante aumento della disuguaglianza nei confronti dei lavoratori migranti³⁹⁷. In particolare, il rapporto rileva che le politiche nazionali in materia di migrazione, risultano maggiormente inclini a garantire ai lavoratori altamente qualificati un trattamento eguale rispetto ai nazionali, aggravando così le condizioni dei meno qualificati in termini di sfruttamento e di violazione dei loro diritti fondamentali³⁹⁸. Non meno importante è la situazione dei lavoratori migranti irregolari; essi, infatti, occupati prevalentemente nell'economia rurale, sarebbero soggetti a forme di discriminazione che attengono prevalentemente alla sfera lavorativa dal momento che l'assenza di regolare contratto di lavoro pregiudica l'esercizio di una serie di diritti³⁹⁹. Il Rapporto globale raccomanda, infatti, l'adozione di misure tese a combattere la discriminazione negli ambienti di lavoro tenendo conto delle necessità specifiche dei diversi gruppi sociali, tra cui i lavoratori migranti.

In conclusione, ci sembra che la prassi recente dell'OIL sia orientata verso la creazione di un sistema multilaterale di gestione delle migrazioni per lavoro che tenga conto delle dinamiche positive generate dal fenomeno i termini di crescita economica (sia per i Paesi di origine che per i Paesi di destinazione), ma al tempo

³⁹⁴ Parte III, 2.2, paras. 428 ss..

³⁹⁵ La questione è stata affrontata nuovamente nell'ambito della 298° sessione del Consiglio di Amministrazione, Doc. GB.298/4/1, marzo 2007.

³⁹⁶ Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, *Equality at Work: Tackling the challenges*, 96° Session International Labour Conference, Report I(B), Geneve 2007. Sembra opportuno premettere che il *Global Report* costituisce parte del meccanismo di controllo (v. *infra*) annesso alla citata Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali sul lavoro del 1998. Esso persegue una duplice finalità: valutare se l'Organizzazione abbia adempiuto in maniera soddisfacente l'obbligo di dispiegare i mezzi d'azione di cui dispone a vantaggio degli Stati membri e verificare il rispetto, da parte degli Stati membri, dei principi e diritti fondamentali sanciti nella Costituzione, nella Dichiarazione di Filadelfia e nelle Convenzioni sui core labour standards.

³⁹⁷ Para. 108.

³⁹⁸ Para. 109.

³⁹⁹ Paras. 112, 124, e 125.

stesso, dello scarso livello di protezione dei principali soggetti coinvolti. A fronte della disparità di trattamento che si registra tra lavoratori migranti e lavoratori nazionali e della diffusione dei fenomeni di sfruttamento economico, si rende, infatti, necessaria da parte dei singoli Stati l'adozione di politiche migratorie basate sul rafforzamento degli standards di protezione dei diritti dei lavoratori migranti.

II-2.4 I diritti fondamentali dei lavoratori

L'originario approccio dell'Organizzazione internazionale del lavoro alla problematica dei diritti umani si fonda sul più generale concetto di "giustizia sociale" espresso nell'atto istitutivo⁴⁰⁰. Tale assenza di riferimenti espliciti, tuttavia, non ha impedito all'OIL di adottare numerose convenzioni concernenti la promozione e il rispetto di taluni *standards* minimi in materia di diritti umani fondamentali sul lavoro⁴⁰¹.

In dottrina, tale approccio è stato interpretato partendo dall'assunto che gli strumenti OIL non si fondano esclusivamente sulla relazione individuo-Stato, e quindi, sull'esistenza di diritti individuali che impongono un obbligo negativo in capo allo Stato, bensì sull'idea che questo ultimo non è più l'attore protagonista ma il garante delle relazioni che si instaurano tra i diversi soggetti economici e sociali. Ciò sarebbe confermato dal carattere prevalentemente promozionale delle convenzioni OIL, che si traduce nell'obbligo di "assicurare" e "promuovere" l'attuazione dei principi in esse contenuti⁴⁰².

⁴⁰⁰ Il perseguimento della "giustizia sociale" rappresenta la finalità principale dell'OIL. Se il preambolo della Costituzione OIL identifica la giustizia sociale con migliori condizioni materiali di lavoro ed indica le materie la cui regolamentazione è oggetto di competenza OIL (si tratta della disciplina dell'orario di lavoro, della fissazione della durata massima della giornata e della settimana lavorativa, del reclutamento della manodopera, la lotta alla disoccupazione, la garanzia di un salario che assicuri dignitose condizioni d'esistenza, la protezione dei lavoratori contro le malattie professionali e gli infortuni sul lavoro, la tutela di minori adolescenti e delle donne, le pensioni di vecchiaia ed invalidità, la difesa degli interessi dei lavoratori all'estero, l'affermazione del principio "a lavoro uguale, salario uguale", la libertà sindacale), la Dichiarazione di Filadelfia introduce una prospettiva più ampia in quanto attribuisce a "all human beings, irrespective of race, creed, or sex have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity..." (art. II, lett. a). Doc. UST No. 874, 26 *ILO Off. Bull.* 1-3 (1944).

⁴⁰¹ Cfr. L. SWEPSTON, *The International Labour Organization's system of human rights protection*, in J. SYMONIDES (ed.), *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*, UNESCO Publishing, 2003, p. 93.

⁴⁰² Cfr., H. BARTOLOMEI de la CRUZ, G. VON POTOBSKY, L. SWEPSTON, *The International Labour Organization. The International Standards system and basic human rights*, Westview Press, 1996, p. 127 ss.

Attualmente l'OIL sembra essersi uniformata alla visione universalistica dei diritti umani propria del generale sistema di protezione delle Nazioni Unite, pur conservando quelle peculiarità di fondo che discendono dalle competenze che ad essa sono stati attribuite e dagli obiettivi che intende perseguire.

Ai fini della nostra indagine, occorre far riferimento a quel nucleo di convenzioni adottate dall'OIL che tutelano i diritti umani fondamentali dei lavoratori (c.d. *core labour standards*)⁴⁰³. Si tratta di un insieme di principi e norme giuridiche internazionalmente riconosciute che governano le condizioni di lavoro e le relazioni industriali⁴⁰⁴, ossia “strumenti internazionali che assurgono al rango di diritti umani fondamentali, garantendo civili, dignitose e sostenibili condizioni di lavoro. Essi sono *universalmente riconosciuti* ed applicati indipendentemente dal grado o dalla natura dello sviluppo nazionale, e come tali, tendono a migliorare le condizioni di lavoro all'interno del processo di sviluppo sostenibile”⁴⁰⁵. In quanto diritti fondamentali dei lavoratori, i *core labour standards* sono riconosciuti anche ai lavoratori impiegati in Stati diversi da quelli di origine⁴⁰⁶, e contribuiscono a

⁴⁰³ In argomento, v. L. SWEPSTON, *The International Labour Organization and Human Rights Access to the ILO*, in G. ALFREDSSON, J. GRIMHEDEN, B. G. RAMCHARAN, A. DE ZAYAS (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms*, cit., p. 489; R. COX, *The International Labour Organisation and fundamental rights at work*, in EHRLR, 1999, p. 451 ss.

⁴⁰⁴ Occorre chiarire che le convenzioni OIL contengono prevalentemente dei principi volti all'affermazione di standards minimi che ciascuno Stato è tenuto ad osservare qualora accetti di ratificare lo strumento. Si osservi come non esista un obbligo degli Stati membri di ratificare una convenzione adottata dalla Conferenza. L'art. 19.5 lett. b della Costituzione prevede l'obbligo da parte degli Stati membri, di sottoporre la convenzione alle autorità interne competenti alla ratifica. L'OIL più che porre in essere norme internazionali produttive di diritti e obblighi per gli Stati, infatti, si limita a predisporre meri “...schemi normativi suscettibili di divenire solo successivamente, e indipendentemente dalla sua volontà, norme effettivamente operanti”, cfr. R. ADAM., *Attività normativa e di controllo dell'OIL*, cit., p. 27 ss. Per la disciplina delle condizioni di adozione delle convenzioni, nonché dei meccanismi di controllo sulla loro osservanza anche da parte di Stati che non hanno proceduto alla ratifica v. gli artt. 19-34 Cost.

⁴⁰⁵ Cfr. J. HOWARD (ed.), *Core Labour Standards and Human Rights in the Workplace*, International Confederation of Free Trade Unions e Winston Gereluk, Public Services International) pubblicato dall'International Institute for Environment and Development (IIED) in collaborazione con il *Regional and International Networking Group (RING)* in occasione del Summit Mondiale sullo Sviluppo Sostenibile tenutosi a Johannesburg nel 2002 (traduzione nostra).

⁴⁰⁶ A sostegno di tale tesi segnaliamo, in particolare, una recente decisione del Comitato sulla Libertà di Associazione dell'OIL (sul quale v. *infra* para. II-2.6) relativa al reclamo presentato dall'Unione Generale dei Lavoratori della Spagna (UGT) contro il governo spagnolo per aver negato il diritto di sciopero, di associazione e di contrattazione collettiva ai lavoratori stranieri “irregolari” (case n. 2121). Il Comitato, in tale occasione, ha avuto modo di precisare che l'art. 2 della Convenzione OIL n. 87 riconosce il diritto dei lavoratori “without distinction whatsoever” di costituire o di partecipare alle organizzazioni da loro scelte senza previa autorizzazione.

proteggere tali soggetti da fenomeni di discriminazione (evidentemente rispetto ai lavoratori nazionali), di sfruttamento e di violenza.

Essi constano di otto convenzioni (c.d. “basic human rights” conventions)⁴⁰⁷, adottate dall’OIL al fine di promuovere e realizzare migliori condizioni di lavoro. Si tratta delle convenzioni n. 87/1948⁴⁰⁸ e n. 98/1949⁴⁰⁹, rispettivamente sulla libertà di associazione e sul diritto di contrattazione collettiva, secondo le quali i lavoratori e i datori di lavoro possono liberamente organizzarsi in associazioni (anche di tipo sindacale) difendendo i loro interessi e promuovendo misure per la negoziazione collettiva; delle convenzioni n. 29/1930⁴¹⁰ e n. 105/1957⁴¹¹ sull’abolizione del lavoro forzato che richiedono la soppressione di tutte le forme di lavoro forzato od obbligatorio; delle convenzioni relative alla parità di retribuzione (n. 100/1951⁴¹²) e divieto di discriminazione in materia di impiego ed occupazione (n. 111/1958⁴¹³) che mirano a tutelare rispettivamente il diritto ad un’equa remunerazione tra uomini e donne per un lavoro di identico valore e il diritto ad una parità di trattamento nell’impiego tale da eliminare ogni forma di discriminazione basata su ragioni di sesso, colore, religione, opinione politica, estrazione nazionale od origine sociale; delle convenzioni n. 138/1973⁴¹⁴ sull’età minima e n. 182/1999⁴¹⁵ sulle forme peggiori di lavoro minorile riguardanti la tutela internazionale del lavoro minorile⁴¹⁶.

⁴⁰⁷ Per una analisi delle convenzioni fondamentali in materia di lavoro, si veda, H. BARTOLOMEI de la CRUZ, G. VON POTOBOSKY, L. SWEPSTON, *The International Labour Organization*, cit., p. 131 ss.

⁴⁰⁸ La C. n. 87 sulla libertà di associazione e sulla protezione del diritto di organizzazione sindacale adottata nel 1948 entrata in vigore il 4/07/1950, su www.ilo.org.

⁴⁰⁹ La C. n. 98 sul diritto di organizzazione sindacale e di contrattazione collettiva adottata il 1/07/1949 ed entrata in vigore il 18/07/1951, su www.ilo.org.

⁴¹⁰ La C. n. 29 sul lavoro forzato adottata nel 1930 entrata in vigore il 1/05/1932, su www.ilo.org.

⁴¹¹ La C. n. 105 sull’abolizione del lavoro forzato adottata nel 1957 entrata in vigore il 17/01/1959, su www.ilo.org.

⁴¹² La C. n. 100 sulla parità di retribuzione adottata il 29/06/1951 ed entrata in vigore il 23/05/1953, su www.ilo.org.

⁴¹³ La C. n. 111 sulla discriminazione (Impiego e Professione) adottata il 25/06/1958 ed entrata in vigore il 15/06/1960, su www.ilo.org.

⁴¹⁴ La C. n. 138 sull’età minima adottata nel 1973 entrata in vigore il 19/06/1976, su www.ilo.org.

⁴¹⁵ La C. n. 182 sulle forme peggiori di lavoro minorile adottata il 17/06/1999 ed entrata in vigore il 19/11/2000, su www.ilo.org.

⁴¹⁶ Per un commento, v. M. CUTILLO, *La Convenzione OIL n. 182 relativa alla proibizione delle forme peggiori di lavoro minorile ed all’azione immediata per la loro eliminazione: un passo importante contro lo sfruttamento del lavoro dei minori*, in *RIDU*, gennaio-aprile 1999, pp. 721-729.

I diritti riconosciuti da codeste convenzioni rappresenterebbero, secondo alcuni autori, “minimum international labor standards” o anche “internationally recognized worker rights”⁴¹⁷, in ragione del fatto che gli Stati hanno, di volta in volta, manifestato la volontà di garantire i c.d. diritti fondamentali dei lavoratori non solo ratificando le suddette convenzioni, quanto prevedendo la loro inclusione in una serie di strumenti internazionali sui diritti umani⁴¹⁸. L’inosservanza dei *core labour standards*, infatti, non solo costituisce una violazione dei principi sanciti dalla Costituzione OIL e dalla Dichiarazione di Filadelfia⁴¹⁹, nonché dal diritto convenzionale posto in essere da questa Organizzazione, quanto rappresenta, in generale, un’inaccettabile violazione dei diritti umani fondamentali.

II-2.4.1 La natura consuetudinaria delle norme internazionali in materia di lavoro

Dalle considerazioni appena svolte non sembrerebbe ingiustificato ritenere che tali diritti fondamentali in materia di lavoro siano ormai corrispondenti, se pur con alcune eccezioni, al diritto internazionale generale⁴²⁰. Tuttavia, resta da dimostrare se le norme in questione possano o meno assurgere al rango di fonti di diritto consuetudinario⁴²¹. A tal fine, occorre tenere conto non solo dell’alto tasso di

⁴¹⁷ Cfr. V. A. LEARY, *The paradox of workers’ rights as human rights*, in L. COMPA, S. DIAMOND (eds.), *Human Rights, Labor Rights and International Trade*, University of Pennsylvania Press, 1996, p. 28.

⁴¹⁸ In ambito globale, cfr. la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo (artt. 2, 20, 23), e i Patti sui diritti civili e politici (artt. 2, 8, 22) e sui diritti economici, sociali e culturali (artt. 7, 8, 19); in ambito regionale, cfr. la Convenzione europea sui diritti dell’uomo (artt. 4, 11, 14), la Carta Sociale Europea (artt. 1-7), la Carta africana dei diritti umani e dei popoli (artt. 2, 5, 10, 18), la Convenzione americana sui diritti umani (artt. 1, 6, 16, 19) e la Carta araba dei diritti umani (artt. 34, 35), la Convenzione internazionale sulla tutela dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (artt. 7, 11, 25, 26, 43, 45). Sul rapporto tra le norme internazionali in materia di lavoro e i diritti umani, v. N. VALTICOS, *Droits de l’homme et droits du travail sur le plan international – Questions anciennes et problèmes nouveaux*, in *Droit syndical et droits de l’homme à l’aube du XXIe siècle – Mélanges en l’honneur de Jean-Maurice Verdier*, 2001, p. 475; ID., *Normes internationales du travail et droits de l’homme. Où en est-on à l’approche de l’an 2000?*, in *RIT*, vol. 137(2), 1998, pp. 151-163.

⁴¹⁹ E’ sufficiente ricordare quanto previsto dal Preambolo della Costituzione OIL (*II considerando*), dove viene espressa chiaramente l’intenzione di migliorare, attraverso una serie di norme a protezione dei lavoratori, le condizioni di lavoro esistenti; o quanto sancito dal Principio III, lett. d della Dichiarazione di Filadelfia allo scopo “to ensure a just share of the fruits of progress to all, and a minimum living wage to all employed and in need of such protection...”.

⁴²⁰ Sul punto, cfr. V. MARLEAU, *Réflexion sur l’idée d’un droit international coutumier du travail*, in J. JAVILLIER, B. GERNIGON (sous la direction de), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l’avenir. Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos*, Bureau international du Travail, Genève, 2004, p. 363 ss.; e P. MACKLEM, *Labour Law Beyond Borders*, in *J. Int’l Eco. L.*, 2002, p. 639.

⁴²¹ Con riferimento ai fattori che contribuiscono a dimostrare la natura consuetudinaria dei diritti fondamentali dei lavoratori, v. S. SANNA, *Diritti dei lavoratori e disciplina del commercio nel*

ratifiche che tali convenzioni hanno registrato, del conseguente grado di effettiva osservanza da parte degli Stati e del riconoscimento dei diritti fondamentali dei lavoratori nell'ambito dei trattati internazionali sui diritti umani, ma anche della prassi di alcuni enti ed organizzazioni internazionali che testimonierebbe, una volta di più, l'adesione manifestata dalla Comunità internazionale nei confronti delle norme fondamentali a tutela dei lavoratori.

In primo luogo, nella Dichiarazione e nel Programma d'Azione adottati nell'ambito del Summit delle Nazioni Unite per lo Sviluppo Sociale tenutosi a Copenaghen (1995), gli Stati si sono impegnati a promuovere e rispettare i diritti fondamentali dei lavoratori⁴²². In occasione del Summit gli Stati hanno non solo riaffermato i contenuti e i *modus operandi* degli standards basati sulle convenzioni OIL, ma anche espresso il convincimento che Stati che non ratificano le predette convenzioni hanno il dovere di agire nel rispetto dei principi internazionalmente riconosciuti. Tali diritti devono essere riconosciuti a tutti e in tutte le circostanze, in quanto diritti umani in materia di lavoro.

Anche in occasione della prima Conferenza Ministeriale dell'Organizzazione mondiale del commercio (WTO), svoltasi a Singapore nel dicembre 1996, gli Stati membri hanno proclamato solennemente il loro impegno ad assicurare il rispetto dei *core labour standards* e a promuovere la diffusione di tali diritti cooperando con l'OIL come organizzazione competente ad adottare i relativi principi⁴²³. Si è,

diritto internazionale, Milano, 2004, p. 111 ss. In particolare sulla natura consuetudinaria del diritto di associazione, inteso come il diritto di un lavoratore di formare un sindacato o di aderirvi per la protezione dei propri interessi, v. V. A. LEARY, *The paradox of workers' rights as human rights*, cit., p. 29.

⁴²² Nella Parte C del Programma d'Azione (annesso II) relativa al "miglioramento della qualità del lavoro e dell'occupazione", si chiede che i governi "salvaguardino e promuovano il rispetto per i diritti fondamentali dei lavoratori, inclusa la proibizione del lavoro forzato e di quello minorile, la libertà di associazione e il diritto di contrattazione collettiva, la non discriminazione ed una remunerazione uguale tra uomo e donna per un lavoro di identico valore..." (Punto B), mentre nel Punto D si richiede "l'adozione di norme ad hoc allo scopo di eliminare tutte le forme di lavoro minorile contrarie alle norme internazionalmente riconosciute...", (*U.N. World Summit for Social Development*, Copenaghen 1995, UN Doc. A/Conf. 166/9, 14/04/1995).

⁴²³ Nella dichiarazione conclusiva della Conferenza si legge "we renew our commitment to the observance of internationally recognized core labour standards. The International Labour Organization is the competent body to set and deal with these standards, and we affirm our support for its work in promoting them". Si è ritenuto opportuno, inoltre, incoraggiare una più stretta collaborazione tra il WTO (e le altre organizzazioni internazionali) e l'OIL per promuovere i *core labour standards* in tutti i settori relativi al commercio mondiale e allo sviluppo economico. WTO, Singapore Ministerial Declaration (13 dec 1996), WT/MIN(96)/DEC, par. 4. La volontà dei Membri OMC di rispettare le norme fondamentali sul lavoro internazionalmente riconosciute è stata, inoltre,

peraltro, affermato che gli *standards* internazionali non devono essere usati per scopi protezionistici né per eliminare quei vantaggi comparati (dei Pvs) derivanti dall'abbassamento dei salari (o più in generale dall'abbassamento dei costi di produzione)⁴²⁴.

Nello stesso anno l'Organizzazione Economica per la Cooperazione e lo Sviluppo (OECD) decide di formulare i suoi primi studi sul commercio e sugli *standards* in materia di lavoro basandosi sul nucleo delle Convenzioni adottate in ambito OIL⁴²⁵. Questi studi hanno evidenziato che il rispetto dei *core labour standards* non causa, in alcun modo, conseguenze negative per l'economia e per le relazioni commerciali dei PVS⁴²⁶.

In quegli anni, l'obiettivo principale dell'OIL è stato quello di incoraggiare gli Stati a ratificare ed applicare le Convenzioni in materia di diritti fondamentali dei lavoratori. Contemporaneamente, veniva portata avanti l'iniziativa di adottare una dichiarazione interpretativa della Costituzione che suscitò non poche perplessità, soprattutto in merito ai nuovi obblighi imposti da un simile atto, e al possibile impatto che essi avrebbero avuto sul sistema di controllo preesistente. Venne precisato, sin da subito, che tale dichiarazione non avrebbe sancito nuovi obblighi ma solo riaffermato "...la logique des engagement set des valeurs auxquels les Etats ont déjà librement souscrit en adhérant à l'OIT..."⁴²⁷. L'intento era quello di spingere gli Stati verso un'applicazione effettiva delle norme contenute anche nel caso in cui essi non avessero ratificato le convenzioni attinenti. La Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali sul lavoro (di seguito "Dichiarazione"), adottata dalla

ribadita nella Dichiarazione di Ginevra nel 1998 (Doc. WT/MIN(98), 20-05-1998, para. 2) e, più di recente, nella Dichiarazione di Doha (Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, 20-11-2001, para. 8), nello "statement" di Cancun (Doc. WT/MIN(3)/20, 23-09-2003, para. 6) e nella Dichiarazione di Hong Kong (Doc. WT/MIN(05)/DEC, 18-12-2005, para. 1).

⁴²⁴ In occasione del vertice di Seattle, Stati Uniti e Unione Europa proposero di costituire nell'ambito del WTO un gruppo di lavoro incaricato di approfondire il legame esistente tra commercio e diritti sociali. Per i dettagli, si v. C. DI TURI, *Globalizzazione dell'economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro*, cit., p. 136 ss.

⁴²⁵ Nel 1996, l'OECD ha pubblicato uno studio pionieristico intitolato *Trade Employment and Labour Standards: A study of Core Workers' Rights and International Trade*, che ha contribuito ad innalzare il livello del consenso politico internazionale circa la definizione di un limitato nucleo di *core labour standards*.

⁴²⁶ Sulla relazione tra l'OIL e i nuovi sviluppi economici si veda, B. A. LANGILLÈ, *The ILO and New Economy: Recent Developments*, in *Int'l J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.*, vol. 15, 1999.

⁴²⁷ V. rapporto presentato dal Direttore Generale alla ottantacinquesima sessione della Conferenza internazionale del lavoro dal titolo *L'action normative de l'OIT à l'heure de la mondialisation*, giugno 1997, BIT Ginevra, p. 19-22.

Conferenza internazionale del lavoro il 18 giugno 1998⁴²⁸, comprende un preambolo, che richiama il legame tra giustizia sociale e pace universale, sancito peraltro nel preambolo della Costituzione⁴²⁹, nonché l'intento di procedere affinché crescita economica ed equità siano assicurate da una strategia globale per lo sviluppo sociale⁴³⁰; una parte dispositiva in cui si ribadisce l'impegno degli Stati a rispettare gli obblighi derivanti dalla Costituzione e dalla annessa Dichiarazione di Filadelfia anche se non hanno ratificato le convenzioni⁴³¹, promuovendo altresì la realizzazione dei principi essenziali che sono oggetto delle stesse; e una procedura di monitoraggio articolata in tre parti: l'obiettivo generale, un seguito (*follow-up*; *suivi*) annuale relativo alle convenzioni non ratificate e un rapporto globale⁴³². Premesso che la Costituzione OIL prevede una serie di meccanismi di controllo⁴³³ tesi a verificare il rispetto degli obblighi contratti dai suoi Membri, la procedura di monitoraggio introdotta dalla suindicata Dichiarazione non intende sostituirsi ad essi. Lo scopo di tale meccanismo è, infatti, quello "di incoraggiare gli sforzi compiuti dai Membri dell'Organizzazione per promuovere i principi e i diritti

⁴²⁸ *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, 86 Sessione, Ginevra, giugno 1998. Sulla natura promozionale degli obblighi contenuti nella Dichiarazione si veda, M. BOUMGHAR, *La Declaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail: Des conventions fondamentales aux principes*, in *Dr. Fond.*, n.2, janvier-décembre 2002, p. 21-45.

⁴²⁹ Il primo *considerando* ("whereas the ILO was founded in the conviction that social justice is essential to universal and lasting peace") si richiama al Preambolo della Costituzione in cui si legge: "whereas universal and lasting peace can be established only if it is based upon social justice".

⁴³⁰ Si leggano, a proposito, il secondo e il terzo *considerando*.

⁴³¹ Come si legge nei punti 1 e 2 del dispositivo: "...all Members have endorsed the principles and rights set out in its Constitution and in the Declaration of Philadelphia, and have undertaken to work towards attaining the overall objectives of the Organization to the best of their resources and fully in line with their specific circumstances"; "...all Members, even if they have not ratified the Conventions in question, have an obligation arising from the very fact of membership in the Organization, to respect, to promote and to realize, in good faith and in accordance with the Constitution, the principles concerning the fundamental rights which are the subject of those Conventions, namely: (a) freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining; (b) the elimination of all forms of forced or compulsory labour; (c) the effective abolition of child labour; and (d) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation".

⁴³² Sul meccanismo di controllo annesso alla Dichiarazione, si veda, S. SANNA, *Diritti fondamentali dei lavoratori: ruolo dell'OIL e dell'OMC*, in *DL*, I, n. 1-2, 2004, p. 162; J. R. BELLACE, *The ILO Declaration of Fundamental Principles and Rights at Work*, in *Int'l J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.*, 2001, p. 269 ss.; C. DI TURI, *La "Dichiarazione sui Principi e Diritti Fondamentali sul Lavoro" dell'Organizzazione internazionale del lavoro*, cit., p. 167 ss. Di seguito i rapporti finora adottati: ILO, *Your voice at work - Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, Geneva, 2000; *Stopping forced labour*, 2001; *A future without child labour*, 2002; *Time for equality at work*, 2003; *Organizing for social justice*, 2004; *A global alliance against forced labour*, 2005.

⁴³³ Sui meccanismi di controllo OIL, v. *infra* para. II-2.6.

fondamentali assicurati dalla Costituzione dell'OIL e riaffermati nella Dichiarazione di Filadelfia⁴³⁴.

La Dichiarazione dell'OIL obbliga tutti gli Stati al rispetto degli standards internazionali indipendentemente dalla ratifica delle Convenzioni ad essi relative. Gli Stati membri sono tenuti a rispettare tali standards, riconosciuti ormai come principi costituzionali dell'OIL, in virtù della sola partecipazione all'Organizzazione. La Dichiarazione, pur essendo giuridicamente non vincolante, contribuisce ad attestare la formazione di un generale consenso riguardo alla definizione di un nucleo di diritti fondamentali dei lavoratori, la cui protezione risulta svincolata dalla posizione di ogni singolo Stato, diventando un'*opinio iuris* ormai condivisa a livello internazionale. Ciò nonostante, come rilevato nel rapporto finale della *Commissione mondiale sulla dimensione sociale della globalizzazione*⁴³⁵, inserito nell'Agenda della 92esima Conferenza Internazionale del Lavoro svoltasi nel giugno del 2004, l'assenza o l'inadeguata applicazione degli standards in materia di lavoro determinano effetti negativi sull'intero sistema di interdipendenza economica⁴³⁶. In una economia globale, infatti, le norme fondamentali del lavoro dell'OIL rappresenterebbero una base normativa globale minima in materia di lavoro e il rispetto di tale normativa dovrebbe essere promosso sia nei Paesi industrializzati che nei PVS. Assicurare il rispetto dei diritti fondamentali al lavoro, si legge nel documento, "is not only desirable in its own right and an essential aspect of fair trade, but also provides the means to empower workers to gain a fair share of the increased productivity they are creating in all

⁴³⁴ Si legge nel punto 1 del *suivi*. In dottrina, riguardo alle novità introdotte dalla Dichiarazione che hanno contribuito alla trasformazione del regime internazionale sui diritti in materia di lavoro, v. P. ALSTON, "Core Labour Standards" and the Transformation of the International Labour Rights Regime, in *EJIL*, vol. 15(3), 2004, pp. 457-521. In replica alla posizione di Alston, secondo il quale tale strumento avrebbe rappresentato una sorta di "via d'uscita" per un sistema, quello tradizionale di protezione dei diritti sul lavoro, che appare profondamente in crisi, cfr., B. A. LANGILLE, *Core Labour Rights - The True Story (Reply to Alston)*, in *EJIL*, vol. 16(3), 2005, pp. 409-437 e F. MAUPAIN, *Revitalization Not Retreat: The Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers' Rights*, *ivi*, pp. 439-465. In replica alle critiche mosse da Langille e Maupain, Alston ritiene che l'OIL rivesta il ruolo di principale attore nella definizione degli standards internazionali in materia di lavoro. Cfr., P. ALSTON, *Facing Up to the Complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda*, *ivi*, pp. 467-480.

⁴³⁵ World Commission on the Social Dimension of Globalization, *A Fair Globalization: Creating Opportunities for All*, 24 febbraio 2004, reperibile sul sito www.ilo.org

⁴³⁶ Secondo il rapporto globale *Organizing for social justice* (Ginevra 2004), discusso nell'ambito della 92° sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro, l'immagine generale del rispetto dei diritti fondamentali nel lavoro è generalmente più incoraggiante di quanto fosse quattro anni fa.

countries”⁴³⁷. Al fine di assicurare che la graduale liberalizzazione economica sia accompagnata da un miglioramento delle condizioni di lavoro, precisa il rapporto, gli Stati dovrebbero impegnarsi al rispetto di tali *standards* aderendo alla Dichiarazione ILO sui principi e diritti fondamentali sul lavoro⁴³⁸. E’ essenziale, dunque, “that respect for core labour standards form part of a broader international agenda for development, and that the capacity of the ILO to promote them be reinforced”⁴³⁹.

In conclusione, la prassi confermerebbe un generale consenso da parte degli Stati relativamente alla necessità di garantire la protezione effettiva degli *standards* in materia di lavoro.

II-2.5 Le Convenzioni OIL in materia di migrazioni economiche internazionali

Nell’ambito dell’OIL, una specifica normativa a tutela dei lavoratori migranti è stata introdotta con l’adozione delle già citate convenzioni n. 97 del 1949 e n. 143 del 1975⁴⁴⁰, nonché delle rispettive raccomandazioni (n. 86/1949 e n. 151/1975)⁴⁴¹ che integrano il contenuto delle convenzioni invitando gli Stati ad adottare una politica generale sulle migrazioni internazionali ai fini dell’occupazione⁴⁴².

Esse appartengono a quella particolare categoria di convenzioni c.d. “promozionali”, frutto dell’evoluzione dell’azione normativa dell’OIL. Nell’intento

⁴³⁷ Parte III.2.2: par. 373.

⁴³⁸ *Ibidem*.

⁴³⁹ Parte III.2.2: par. 426.

⁴⁴⁰ V. *supra*, cap. I, para. 1.3.

⁴⁴¹ Per un esaustiva trattazione sulla Convenzioni e sulle Raccomandazioni OIL in materia di migrazioni internazionali, si vedano, R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 79 ss.; R. PLENDER, *International Migration Law*, cit. p. 295 ss.

⁴⁴² Tra gli altri strumenti adottati dall’OIL in tema di migrazioni internazionali: nel 1926, Inspection of Emigrants Convention (No. 21), e Migration (Protection of Females at Sea) Recommendation (No. 26); nel 1939, Migration for Employment Convention (No. 66) mai entrata in vigore, e Recommendation (No. 61), e Migration for Employment (Co-operation between States) Recommendation (No. 62); nel 1947, Social Policy (Non-Metropolitan Territories) Convention (No. 82); nel 1955, Protection of Migrant Workers (Underdeveloped Countries) Recommendation (No. 100); nel 1958, the Plantations Convention (No. 110) and Recommendation (No. 110); nel 1962, the Social Policy (Basic Aims and Standards) Convention (No. 117). Sulla parità di trattamento tra nazionali e non-nazionali nel campo della sicurezza sociale: nel 1925, Equality of Treatment (Accident Compensation) Convention (No. 19), e Recommendation (No. 25); nel 1935, Maintenance of Migrants' Pension Rights Convention (No. 48); nel 1962, Equality of Treatment (Social Security) Convention (No. 118); nel 1982, Maintenance of Social Security Rights Convention (No. 157), e nel 1983, Recommendation (No. 167). Sul grado di conformità della legislazione nazionale rispetto alle norme contenute nelle suddette convenzioni si vedano i lavori della Commissione di Esperti (l’organo dell’OIL incaricato di effettuare un primo esame, prettamente di natura tecnica, dei rapporti statali) si

di rendere le convenzioni in materia di lavoro quanto più “flessibili”, e dunque adattabili alle diverse condizioni economiche degli Stati membri, non solo si è affermata la tendenza ad introdurre le c.d. clausole di *souplesse*⁴⁴³ in attuazione di una precisa disposizione costituzionale (art. 19.3 Cost. OIL)⁴⁴⁴, quanto ad elaborare normative generiche o di principio⁴⁴⁵. In questa ultima prospettiva si inseriscono le due convenzioni sui lavoratori migranti in esame, le quali prevedono, in virtù del loro carattere “promozionale”, apposite disposizioni che impongono alle Parti contraenti di “perseguire”, “adottare o sviluppare”, “formulare ed attuare” una specifica politica nazionale in materia. Con particolare riferimento alla Convenzione n. 143, è stato osservato⁴⁴⁶ che se alcune disposizioni rispondono all’obiettivo appena enunciato (art. 10⁴⁴⁷), altre prevedono specifici adempimenti da parte degli Stati (art. 12⁴⁴⁸). Per quanto attiene alla Convenzione n. 97, pur non prevedendo

consulti il sito <http://www.ilo.org/ilolex>. In particolare su alcune di esse, v. S. CHARNOVTZ, *Assessing the ILO's Efforts to Develop Migration Law*, in *LIEI*, 30(3), 2003, pp. 193-200.

⁴⁴³ Tale meccanismo, volto a diversificare gli obblighi convenzionali a seconda della situazione interna a ciascuno Stato contraente, ha inoltre favorito la partecipazione di un numero sempre crescente di Stati alle convenzioni OIL, soprattutto alla luce del principio di inammissibilità delle riserve cristallizzatosi all’interno dell’Organizzazione stessa. Sul punto, cfr. G. RAIMONDI, *Réserves et conventions internationales du travail*, in J. C. JAVILLIER, B. GERNIGON (sous la dir. de), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir*, cit., p. 527 e C. CAMPIGLIO, *Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati*, Padova, 1995, p. 194.

⁴⁴⁴ Cfr., R. ADAM, *Attività normativa e di controllo dell’OIL*, cit., p. 58 ss.

⁴⁴⁵ *Ivi*, p. 93 ss.

⁴⁴⁶ *Ivi*, p. 98

⁴⁴⁷ “Ogni Membro ... s’impegna a formulare e ad attuare una politica nazionale diretta a promuovere e garantire, con metodi adatti alle circostanze ed agli usi nazionali, la parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione e di professione, di sicurezza sociale, di diritti sindacali e culturali ...” (art. 10)

⁴⁴⁸ “Ogni Membro *deve*, con metodi adatti alle circostanze ed agli usi nazionali: *a.* cercare di ottenere la collaborazione delle organizzazioni di datori di lavoro e di lavoratori e di altri enti appropriati, per favorire l’accettazione e l’attuazione della politica prevista dall’articolo 10 (...); *b.* emanare leggi e promuovere programmi di educazione atti a garantire (...) tale attuazione; *c.* adottare disposizioni, incoraggiare programmi di educazione ..., per garantire la loro protezione e permettere loro di esercitare i propri diritti; *d.* abrogare qualsiasi disposizione legislativa (...) o prassi amministrativa incompatibili con la suddetta politica; *e.* (...) elaborare ed attuare una politica sociale rispondente alle condizioni ed agli usi nazionali, affinché i lavoratori migranti ed i loro familiari possano essere in condizione di usufruire dei vantaggi concessi ai propri lavoratori nazionali (...); *f.* fare tutto il possibile per aiutare ed incoraggiare gli sforzi dei lavoratori migranti e dei loro familiari tendenti a preservare la propria identità nazionale ed etnica, nonché i legami culturali che li uniscono al paese di origine (...); *g.* garantire l’eguaglianza di trattamento in materia di condizioni di lavoro tra tutti i lavoratori migranti che esercitino la stessa attività, quali che siano le particolari condizioni della loro occupazione” (art. 12).

disposizioni così formulate, ci sembra che lo spirito degli obblighi da esse derivanti sia pressoché paragonabile al precedente (artt. 3-6⁴⁴⁹)⁴⁵⁰.

Un'altra caratteristica delle convenzioni su menzionate consiste nel fatto che esse non si basano sul principio della reciprocità, in quanto si propongono di assicurare un certo trattamento ai lavoratori migranti indipendentemente dalla loro nazionalità. A questo riguardo, il Comitato di esperti ha osservato che “a migrant worker does not have to be the national of a State which has ratified the instruments, or which guarantees equal treatment to the subjects of the ratifying State in order that the provisions apply”⁴⁵¹.

II-2.5.1 La Convenzione sulla migrazione per motivi di lavoro: n. 97/1949

In generale, possiamo affermare che tale strumento presenta una struttura particolarmente complessa, non solo dal punto di vista formale (il testo risulta infatti integrato da tre allegati⁴⁵²), ma soprattutto dal punto di vista procedurale, dal momento che il trattato riconosce espressamente agli Stati la facoltà di escludere dalla ratifica, con una dichiarazione allegata, uno o più annessi (art. 14.1).

Dal punto di vista sostanziale, in linea con l'obiettivo di reprimere le migrazioni clandestine e l'occupazione abusiva dei lavoratori migranti, la Convenzione n. 97 dispone che ogni Stato contraente fornisca informazioni sulla politica, sulla

⁴⁴⁹ A titolo di esempio, l'art. 3 prevede che ogni Stato parte alla suddetta convenzione “*si impegna, nella misura in cui lo permetta la legislazione nazionale, ad adottare tutte le misure appropriate contro la propaganda ingannevole sull'emigrazione e l'immigrazione*”.

⁴⁵⁰ Con riferimento alle convenzioni appena citate, il Consiglio d'Amministrazione OIL ha deciso di “*invite member States to provide reports under article 19 of the Constitution and to request the Committee of Experts to undertake a general survey of the reports (...) and (...) then re-examine the possibility of including the question of migrant workers on the agenda of a forthcoming session of the Conference for a general discussion, and also in order to clarify the possible need for revision of Conventions Nos. 97 and 143 (...) and that the Working Party (or the LILS Committee) re-examine the status of Conventions Nos. 97 and 143 in due course*”. GB.267/LILS/4/2, para. 62; see also GB.267/9/2, para. 14 and GB.267/PV, p. IV/6.

⁴⁵¹ General Surveys - *Migrant Workers*, 1999, cap. II, sez. II, para. 109. Al contrario, tra le convenzioni che basano su un criterio di reciprocità l'obbligo di assicurare un certo trattamento a lavoratori stranieri: la Convenzione n. 110/1958 sui lavoratori delle piantagioni (art. 52), e quelle relative alla sicurezza sociale dei lavoratori migranti (n. 19/1925; nn. 35, 36, 39 e 40 del 1933, n. 48/1935 e la n. 118/1962). In argomento, v. C. CAMPIGLIO, *Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati*, cit., p. 133 ss.

⁴⁵² I tre allegati riguardano rispettivamente: “reclutamento, collocamento e condizioni di lavoro dei lavoratori emigranti che non sono reclutati in virtù di accordi relativi ad emigrazioni collettive stipulati con controllo governativo” (I); “reclutamento, collocamento e condizioni di lavoro dei lavoratori emigranti reclutati in virtù di accordi relativi ad emigrazioni collettive stipulati con controllo governativo” (II); “importazione degli effetti personali, degli utensili e dell'equipaggiamento dei lavoratori migranti” (III).

legislazione nazionale e sui provvedimenti adottati in materia di migrazioni nonché sulle disposizioni relative alle condizioni di lavoro e di vita del lavoratore migrante (art. 1); adotti misure tese ad assicurare al migrante in cerca di lavoro un'adeguata informazione (art. 2); impedisca la propaganda ingannevole relativa al fenomeno migratorio (art. 3); faciliti l'ingresso e il soggiorno nel territorio del Paese di accoglienza (art. 4).

Tra gli obiettivi primari che la convenzione in esame si propone di perseguire, merita di essere menzionata la garanzia per i lavoratori migranti di un trattamento non meno favorevole di quello riservato ai lavoratori nazionali per quanto attiene l'occupazione, la professione, la sicurezza sociale e i diritti sindacali⁴⁵³. Il principio dell'eguaglianza di opportunità e di trattamento sancito nella convenzione *de qua*, che trova una sua ragion d'essere nel più generale concetto di non-discriminazione tra cittadini e stranieri (con riferimento alla nazionalità), si applica esclusivamente nei confronti dei lavoratori migranti regolarmente presenti sul territorio dello Stato di occupazione. Il principio del "trattamento nazionale", tuttavia, applicato in relazione a specifiche aree (generalmente condizioni lavorative, partecipazione alle organizzazioni sindacali e alle contrattazioni collettive, e alloggio), incontra un limite nella misura in cui la norma di riferimento prevede che tali questioni debbano essere disciplinate dalla legislazione o siano soggette al controllo delle autorità amministrative.

Infine, la convenzione n. 97 prevede una maggiore tutela contro eventuali provvedimenti di espulsione nei confronti di quei lavoratori migranti, ammessi a titolo permanente, che, a causa di malattia o di infortunio, si trovino nell'impossibilità di esercitare il proprio mestiere (art. 8). La disposizione tende a garantire la permanenza sul territorio dello Stato di occupazione ai lavoratori

⁴⁵³ In particolare, gli Stati si impegnano a garantire, senza discriminazione basata sulla nazionalità, la razza, la religione o il sesso, ai migranti legalmente presenti sul territorio nazionale, un trattamento non meno favorevole di quello riservato ai lavoratori nazionali per quanto attiene la remunerazione (inclusi gli assegni familiari quando fanno parte della remunerazione), la durata del lavoro, le ore straordinarie, le ferie pagate, le limitazioni al lavoro a domicilio, l'età di ammissione all'impiego, l'apprendistato e la formazione professionale, il lavoro femminile e minorile, la partecipazione alle organizzazioni sindacali e alle contrattazioni collettive, l'alloggio, nella misura in cui tali questioni siano disciplinate dalla legislazione o dipendano dalle autorità amministrative (art. 6.1 lett. a); la sicurezza sociale (contro gli infortuni sul lavoro, le malattie professionali, la maternità, la malattia, la vecchiaia e la morte, la disoccupazione e gli obblighi familiari, nonché contro qualsiasi

migranti e ai membri della propria famiglia quando particolari ragioni impediscano temporaneamente il pieno svolgimento dell'attività lavorativa. Tuttavia, la possibilità di rientrare nel proprio Paese di origine o nel territorio da cui sono emigrati viene riconosciuta a quei soggetti che espressamente lo richiedano o nei casi in cui ciò sia stabilito da accordi internazionali che vincolano lo Stato interessato.

II-2.5.2 La Convenzione sui lavoratori migranti: n. 143/1975

La convenzione n. 143 si ispira, secondo quanto discende dal preambolo, non solo alla precedente in termini di lotta all'immigrazione clandestina e all'occupazione illegale (parte I, artt. 1-9), ma anche alla già citata convenzione OIL sulla discriminazione (n. 111/1958) nel promuovere l'eguaglianza di opportunità e di trattamento tra lavoratori stranieri e lavoratori nazionali in materia di occupazione e di professione (parte II, artt. 10-14)⁴⁵⁴.

Quanto al primo aspetto, la convenzione in esame intende imporre agli Stati contraenti l'obbligo di stabilire sistematicamente se esistano lavoratori migranti illegalmente impiegati sul proprio territorio o in violazione delle norme nazionale e internazionali (art. 2); e, in tal caso, adottare tutte le misure necessarie ed opportune al fine di reprimere simili fenomeni (art. 3, lett. *a*), colpendo le organizzazioni criminali responsabili (lett. *b*)⁴⁵⁵ attraverso l'adozione e l'applicazione, a livello nazionale, di sanzioni amministrative, civili e penali (art. 6)⁴⁵⁶. L'obbligo di accertare la presenza di lavoratori migranti illegali che incombe sugli Stati contraenti, tuttavia, andrebbe letto alla luce di alcune "eccezioni" che la stessa convenzione contempla. In particolare, rileva quanto disposto dall'art. 8.1 con riferimento alla possibilità riconosciuta ai lavoratori migranti legalmente residenti

altro rischio che, in conformità alla legislazione nazionale, sia coperto da un sistema di sicurezza sociale) (lett. *b*), le tasse e i contributi lavorativi (lett. *c*), e l'accesso alla giustizia (lett. *d*).

⁴⁵⁴ Sulla struttura della Convenzione n. 143, v. R. PERRUCHOUD (éd.), *Migrations et protection des droits de l'homme*, cit., p. 88 ss.

⁴⁵⁵ Tra le misure indicate rilevano in modo specifico: gli scambi di informazione, la collaborazione tra Stati, le consultazioni con le organizzazioni rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro (art. 4). L'art. 5, inoltre, chiarisce che gli autori di traffici di manodopera possono essere perseguiti "qualunque sia il Paese dal quale esercitano la loro attività".

⁴⁵⁶ Con riferimento al traffico illegale di manodopera straniera, la Convenzione n. 97 prescrive l'adozione di "sanzioni appropriate" nei confronti di chiunque incoraggi l'immigrazione illegale o clandestina (art. 8 Allegato I e art. 13 Allegato II) pur tuttavia non specificandone la natura contrariamente a quanto disposto dal già citato art. 6 della Convenzione n. 143.

nel Paese di occupazione, di continuare a soggiornarvi nonostante la perdita del lavoro, la quale pertanto pare non costituire, ai sensi della norma in esame, presupposto sufficientemente valido ai fini dell'attribuzione dello status di migrante irregolare⁴⁵⁷, dal momento che non comporta un'automatica perdita del permesso di soggiorno o di lavoro. Ne consegue, che la posizione del lavoratore migrante "disoccupato" non costituisca, di per sé, un motivo valido per disporre un eventuale provvedimento di espulsione a suo carico. Pertanto, il fine ultimo della norma non sembra essere tanto quello di giustificare la permanenza irregolare del lavoratore sul territorio dello Stato di occupazione, quanto quello di concedergli un periodo di tempo limitato e sufficiente tale da consentirgli di cercare una nuova occupazione.

A dispetto della sezione in cui è contenuta (parte I), che prevede, come osservato in precedenza, una serie di misure volte alla repressione del fenomeno migratorio irregolare, la norma in questione tende a riconoscere ai lavoratori irregolari "un trattamento identico a quello dei cittadini nazionali, specialmente per quanto riguarda le garanzie relative alla sicurezza dell'occupazione, la riqualifica, i lavori di assistenza e di reinserimento" (art. 8.2), normalmente previsto in favore dei soli lavoratori migranti regolari. Una maggiore garanzia, dunque, che risponde all'esigenza di tutelare coloro i quali hanno già svolto regolarmente un'attività lavorativa nel Paese di occupazione interessato.

Occorre notare, inoltre, che la convenzione n. 143 riconosce al lavoratore migrante irregolare o illegalmente occupato, la cui posizione non possa essere regolarizzata, "la parità di trattamento per se stesso e per la sua famiglia, con riferimento ai diritti derivanti da un lavoro precedente, per quanto riguarda la retribuzione, la previdenza sociale e altre agevolazioni" (art. 9.1); essa, tuttavia, deve essere interpretata non in relazione ai lavoratori cittadini dello Stato interessato, bensì ai lavoratori stranieri regolarmente occupati nello stesso. L'obiettivo di assicurare ai migranti non regolarmente occupati il godimento dei diritti derivanti da una precedente occupazione, viene oltremodo perseguito dalla raccomandazione n. 151, nella quale si precisa che i "diritti derivanti

⁴⁵⁷ "A condizione di aver risieduto legalmente nel paese ai fini dell'occupazione, il lavoratore migrante non potrà essere considerato in posizione illegale o comunque irregolare a seguito della perdita del lavoro, perdita che non deve, di per sé, causare il ritiro del permesso di soggiorno o, se del caso, del permesso di lavoro" (art. 8.1).

dall'occupazione attuale o da una precedente” vanno riconosciuti non solo con riguardo “alla retribuzione, alla previdenza sociale e alle altre agevolazioni”, ma anche in relazione all’“appartenenza alle organizzazioni sindacali e all’esercizio dei diritti sindacali” (para. 8.3)⁴⁵⁸. La convenzione n. 143 (e la relativa raccomandazione n. 151⁴⁵⁹), tuttavia, non obbligano gli Stati a regolarizzare la posizione di tali soggetti lasciandoli liberi di decidere se procedere in tal senso ovvero concedere alle persone che risiedono o lavorano illegalmente nel Paese il diritto di rimanervi e di esservi legalmente occupate” (art. 9.4).

Le norme appena citate appaiono, tuttavia, in aperto contrasto con l’ambito di applicazione della convenzione n. 143 (parte II) che, come noto, include i soli lavoratori migranti che risiedono regolarmente nel territorio dello Stato di occupazione⁴⁶⁰. Gli individui/migranti irregolari, non coperti da tali previsioni, ricevirebbero protezione dalle sole disposizioni contenute nella parte I della convenzione n. 143 e nella raccomandazione n. 151. A riguardo, rileva la disposizione contenuta nell’art. 1, la quale prevede un obbligo generale di protezione, da parte degli Stati contraenti, dei diritti umani fondamentali di “tutti” i lavoratori migranti⁴⁶¹. Ciò ad indicare che gli Stati devono rispettare i diritti umani fondamentali di tutti i lavoratori migranti, evitando di condizionare il loro godimento al particolare *status* giuridico dello straniero, ossia all’esistenza di un vincolo di cittadinanza o di un regolare permesso di soggiorno⁴⁶².

⁴⁵⁸ Inoltre, la Raccomandazione in questione prevede che al lavoratore migrante che abbandona il Paese di occupazione vengano riconosciuti, indipendentemente dalla legalità del suo soggiorno: “... a. (to) any outstanding remuneration for work performed, including severance payments normally due; b. (to) benefits which may be due in respect of any employment injury suffered”, e in conformità alla prassi nazionale “i. (to) compensation in lieu of any holiday entitlement acquired but not used; ii. (to) reimbursement of any social security contributions which have not given and will not give rise to rights under national laws or regulations or international arrangements...” (para. 34.1).

⁴⁵⁹ Nei casi in cui l’ingresso e l’ammissione all’occupazione fossero avvenuti in violazione delle norme nazionali pertinenti, il paragrafo 8.1 invita gli Stati a definire celermente se la situazione di coloro i quali si trovano in tale condizione possa essere regolarizzata o meno.

⁴⁶⁰ Il testo originario della Costituzione OIL proclamava che “the standard set by law in each country with respect to the conditions of labour should have due regard to the equitable economic treatment of all workers lawfully resident therein” (art. 41.8).

⁴⁶¹ Il preambolo della Convenzione n. 143 afferma questa esigenza di universalità, in linea con altri strumenti internazionali a tutela dei diritti umani, riconoscendo il “diritto di ogni individuo di lasciare qualsiasi paese compreso il proprio” (*V considerando*).

⁴⁶² Secondo alcuni tale obbligo, che si estende anche ai lavoratori irregolari, è da intendersi come riferito unicamente ai diritti fondamentali, non già al diritto all’eguaglianza di trattamento rispetto ai lavoratori nazionali che, al contrario, trova applicazione nella Parte II del trattato limitatamente ai

L'intento è quello di assicurare anche al lavoratore migrante occupato illegalmente (o la cui situazione non può essere regolarizzata) uno standard minimo di protezione con riferimento ai diritti fondamentali della persona umana (così come riconosciuti negli strumenti internazionali a tutela della persona umana adottati in seno alle NU), inclusi quelli specificamente riconosciuti al lavoratore (c.d. *core labour standards*). Un approccio sicuramente innovativo che probabilmente in parte ha ispirato, come avremo modo di vedere in seguito, l'impianto strutturale della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (v. *supra*).

Nonostante tale previsione, la convenzione OIL in esame riconosce, come avremo modo di notare in seguito, l'obbligo per gli Stati contraenti di promuovere e di garantire la parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione, di sicurezza sociale, di diritti sindacali e culturali, nonché di libertà individuali e collettive nei confronti dei soli lavoratori migranti (e dei membri delle loro famiglie) regolarmente presenti sul territorio nazionale di occupazione⁴⁶³.

Ciò detto, rimane un'ultima questione da analizzare di natura procedurale, ossia la possibilità per i singoli Stati che decidono di ratificare questo strumento di escludere, con una dichiarazione allegata alla ratifica, la parte I o II della convenzione (art. 16)⁴⁶⁴. Tale previsione ci sembra in parte confermare la riluttanza spesso manifestata dagli Stati nel riconoscere anche ai lavoratori migranti non regolari un nucleo di diritti fondamentali, riducendo, così, la possibilità di garantire un alto livello di protezione. Al contrario, la Convenzione ONU sui lavoratori migranti intende salvaguardare l'integrità del trattato impedendo alle Parti contraenti, al momento della ratifica, di escludere l'applicazione di una parte della

migranti regolarmente presenti nel territorio dello Stato di occupazione. Cfr. S. SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations*, cit., p. 161.

⁴⁶³ Così recita l'art. 10 della convenzione n. 143: "ogni Membro per il quale la convenzione sia in vigore s'impegna a formulare e ad attuare una politica nazionale diretta a promuovere e garantire, con metodi adatti alle circostanze ed agli usi nazionali, la parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione e di professione, di sicurezza sociale, di diritti sindacali e culturali, nonché di libertà individuali e collettive per le persone che, in quanto lavoratori migranti o familiari degli stessi, si trovino legalmente sul suo territorio".

⁴⁶⁴ Tuttavia, in virtù dell'art. 16.3, lo Stato che ha proceduto in tal senso "... dovrà indicare, nelle sue relazioni sull'applicazione della convenzione, lo stato della propria legislazione e della propria prassi, per quanto riguarda le disposizioni della parte esclusa dalla propria accettazione, precisando la misura in cui è stato dato seguito, o proposto di dar seguito, a tali disposizioni, nonché i motivi per i quali non le ha ancora incluse nell'accettazione della convenzione".

Convenzione medesima (art. 88). Scopo ultimo sarebbe quello di ottenere da parte di tutti gli Stati parti, ed in particolare dai paesi che accolgono il più alto numero di persone immigrate, il rispetto di tutte le norme in essa contenute nonché il pieno riconoscimento dei diritti umani fondamentali del migrante (sia come singolo sia in quanto inserito in una sfera di rapporti familiari ed economici).

II-2.6 Le procedure di controllo nell'ambito dell'Organizzazione internazionale del lavoro

Dopo aver analizzato più da vicino gli strumenti OIL in materia di migrazioni economiche, sembra opportuno procedere, se pur in maniera decisamente succinta, con un esame delle procedure di controllo atte a verificare il rispetto degli obblighi assunti dai membri dell'Organizzazione in materia di diritti dei lavoratori. Tale analisi, infatti, intende contribuire all'identificazione dei più efficaci meccanismi procedurali a tutela dei diritti dei lavoratori migranti.

La Costituzione dell'OIL prevede una serie di meccanismi atti a verificare l'effettiva applicazione delle convenzioni⁴⁶⁵. Ci riferiamo sostanzialmente alla procedura di natura periodica, in base alla quale “each of the Members agrees to make an annual report to the International Labour Office on the measures which it has taken to give effect to the provisions of Conventions to which it is a party. These reports shall be made in such form and shall contain such particulars as the Governing Body may request” (art. 22); alle procedure occasionali azionabili su iniziativa di parte, l'una basata su un reclamo (*representation* o *réclamation*) presentato all'Ufficio Internazionale del Lavoro da un'organizzazione di datori di lavoro o di lavoratori (artt. 24 e 25)⁴⁶⁶, l'altra attivata tramite un ricorso (*complaint* o *plainte*) presentato dal Consiglio d'Amministrazione, da uno Stato membro o da un

⁴⁶⁵ Per un'attenta analisi delle procedure di controllo, v. R. ADAM, *Attività normativa e di controllo dell'OIL*, cit., p. 136 ss.

⁴⁶⁶ Da notare che il sistema di supervisione dell'OIL non prevede la possibilità che un individuo migrante, in quanto vittima, possa avere direttamente accesso a tali procedure di controllo. Diversamente, come abbiamo potuto notare la Convenzione ONU sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie consente agli individui di agire direttamente tramite l'invio di comunicazioni all'organo di controllo (Comitato per la protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie) con le quali lamentano il mancato rispetto dei loro diritti individuali (riconosciuti nella Convenzione) da parte di uno Stato contraente.

delegato alla Conferenza (art. 26); e, infine, il procedimento speciale in materia di libertà sindacale che ricalca sostanzialmente i meccanismi prima descritti⁴⁶⁷.

È opportuno analizzare più in dettaglio tali procedure di controllo.

L'art. 22 dispone, come abbiamo visto, che gli Stati presentino periodicamente dei rapporti sulle misure legislative, amministrative o di altra natura adottate per dare attuazione, sul piano interno, alle convenzioni ratificate⁴⁶⁸. L'esame di tali rapporti è affidato a due organi appositamente creati: la commissione di esperti⁴⁶⁹, cui compete un primo esame, prettamente di natura tecnica, dei rapporti statali, e la commissione della Conferenza⁴⁷⁰ che effettua una seconda analisi, invitando i delegati degli Stati che si ritiene non abbiano rispettato gli obblighi assunti a fornire delle spiegazioni sul mancato adempimento. Le conclusioni della commissione formano oggetto di un rapporto che viene inviato alla Conferenza per la successiva discussione e votazione in seduta plenaria. Il sistema appena menzionato ha diversi vantaggi, derivanti in parte dalla sua periodicità: consente di poter effettuare un esame delle diverse situazioni statali ad intervalli regolari; di verificare se le mancanze precedentemente rilevate siano state o meno corrette; e di controllare se la legislazione e la pratica esistente siano o meno conformi alle convenzioni ratificate. Poiché esiste il rischio che uno Stato ometta delle informazioni importanti circa l'osservanza delle suddette convenzioni, è previsto che i governi sottopongano i

⁴⁶⁷ Tale procedura mira a verificare l'osservanza degli obblighi contenuti nella Convenzione n. 87 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale adottata nel 1948 sia da parte degli Stati che la hanno ratificata sia da parte degli Stati che hanno deciso di non ratificarla. Riguardo questo ultimo aspetto, esisterebbe un obbligo costituzionale di rispetto della libertà sindacale cui gli Stati sarebbero tenuti per il solo fatto di far parte dell'OIL, dato l'inscindibile nesso con il principio di struttura del tripartitismo.

⁴⁶⁸ L'art. 23 stabilisce che tali rapporti debbano essere comunicati alle organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori evidentemente per sollecitarne il contributo nell'accertare se gli obblighi sono stati adempiuti. Ricordiamo che per quanto riguarda il controllo delle convenzioni non ratificate, l'art. 19.5 lett. e della Cost. OIL stabilisce che lo Stato membro è tenuto a presentare un rapporto al Direttore generale sullo stato della legislazione nazionale e della prassi con riferimento alle questioni oggetto della convenzione, "...en précisant dans quelle mesures l'on a donné suite ou l'on se propose de donner suite à toute disposition de la convention...et en exposant quelles difficultés empêchent ou retardent la ratification...". A partire dal 2001, la nuova procedura di *suivi* prevista dalla citata Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali dell'uomo in materia di lavoro ha previsto il controllo sulle convenzioni aventi ad oggetto i *core labour standards* e non ancora ratificate (v. *supra*, para. II-2.4.1).

⁴⁶⁹ Essa costituisce un organo sussidiario del Consiglio d'amministrazione i cui componenti sono eletti a titolo individuale per tre anni.

⁴⁷⁰ Si tratta di una commissione interna alla Conferenza, dalla quale viene annualmente istituita sulla base di una composizione tripartita.

propri rapporti all'attenzione delle organizzazioni nazionali dei datori di lavoro e dei lavoratori, che possono presentare i loro commenti a riguardo.

Riguardo ai procedimenti azionabili da terzi soggetti, nel caso dei reclami presentati all'Ufficio internazionale del lavoro, l'organo investito della questione è il Consiglio d'amministrazione il quale "may communicate this representation to the government against which it is made, and may invite that government to make such statement on the subject as it may think fit" (art. 24). Nel caso in cui non pervenga alcuna risposta o si tratti di una risposta insoddisfacente il Consiglio d'amministrazione decide di applicare la disposizione contenuta nell'art. 25, "publish the representation and the statement, if any, made in reply to it".

Si è fatto riferimento, inoltre, ad un secondo meccanismo di controllo azionabile, in questo caso, tramite dei ricorsi presentati all'Ufficio internazionale del lavoro da uno Stato contro un altro Stato ritenuto responsabile di una insoddisfacente osservanza degli obblighi imposti dalle convenzioni ratificate⁴⁷¹. Tra gli aspetti più caratteristici di questo meccanismo, merita di essere ricordata la facoltà per il Consiglio d'amministrazione di istituire una commissione di inchiesta⁴⁷², incaricata "...d'étudier la question soulevée et de déposer un rapport..." che conterrà non solo le sue "...constatations sur tous les points de fait permettent de préciser la portée de la contestation...", ma anche "...les recommandations qu'elle croira devoir formuler quant aux mesures à prendre..." (art. 28). Tali provvedimenti formano oggetto di un rapporto che, oltre ad essere pubblicato, viene comunicato ai governi interessati, i quali "shall within three months inform the Director General of the International Labour Office whether or not it accepts the recommendations contained in the report of the Commission; and if not, whether it proposed to refer the complaint to the International Court of Justice" (art. 29 § 2). La Corte può confermare, emendare o annullare, in via definitiva, le conclusioni o le eventuali raccomandazioni della commissione di inchiesta (artt. 31-34).

⁴⁷¹ Così l'art. 26 "Any of the Members shall have the right to file a complaint with the International Labour Office if it is not satisfied that any other Member is securing the effective observance of any Convention which both have ratified in accordance with the foregoing articles".

⁴⁷² V. N. VALTICOS, *Les Commissions d'enquête de l'Organisation internationale du travail*, in *RGDIP*, 1987, p. 870 ss.

Infine, merita di essere richiamato il particolare procedimento di controllo relativo all'accertamento di violazioni concernenti il principio della libertà sindacale⁴⁷³. L'originalità di un simile meccanismo attiene non solo allo specifico ambito di applicazione, quanto alla possibilità di essere applicato anche nei confronti di Stati membri che non abbiano ratificato la relativa convenzione. Anche in questo caso vengono sottoposti ad un organo indipendente, la commissione di investigazione e di conciliazione, i ricorsi presentati da Stati o da organizzazioni di lavoratori o datori di lavoro⁴⁷⁴. La commissione accerta la fondatezza delle accuse e, in caso affermativo, formula delle raccomandazioni non vincolanti allo scopo di rimediare alla violazione contestata. Di fronte ai rari interventi della commissione ha, invece assunto un ruolo significativo il comitato della libertà sindacale⁴⁷⁵, destinato a diventare, ben presto, l'organo principale dell'intero procedimento. Questo organo inizialmente era stato incaricato di esaminare i ricorsi presentati al Consiglio d'amministrazione al fine di determinare la necessità di deferire il caso alla commissione di conciliazione. Oggi si può dire che tale procedura sia costituita da un'unica fase in cui il comitato propone al Consiglio d'amministrazione, il quale le approva senza discussione, delle conclusioni circostanziate o delle raccomandazioni suggerendo, in alcuni casi, misure sanzionatorie, quali la pubblicità

⁴⁷³ In argomento, v. A. ODERO, M. M. TRAVIESO, *Le Comité de la liberté syndicale (I): origine set genèse*, in J. JAVILLIER, B. GERNIGON (sous la direction de), *Les normes internationales du travail*, cit., p. 159 ss.; ID., *Le Comité de la liberté syndicale (II): composition, procédure et fonctionnement*, *ivi*, p. 195 ss.

⁴⁷⁴ Questa procedura venne istituita nel 1950 da un accordo tra il Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite e il Consiglio d'Amministrazione dell'OIL, e prevedeva la creazione di una Commissione di accertamento e di conciliazione sulla libertà di associazione, costituita da esperti indipendenti nominati dal CdA. Ciascun caso poteva essere deferito, dal CdA, dalla Conferenza o dallo Stato interessato, alla Commissione solo con il consenso dello Stato nei cui confronti era stato presentato il reclamo. In mancanza del consenso è possibile deferire il reclamo alla Commissione a titolo di commissione di inchiesta ai sensi dell'art. 26 Cost. OIL. Sui procedimenti di garanzia in materia di libertà sindacale si veda, A. CASSESE, *Il controllo internazionale sul rispetto della libertà sindacale, nel quadro delle attuali tendenze in materia di protezione dei diritti dell'uomo*, in CS, 1966, XII, 291 ss.; N. VALTICOS, *Les méthodes de la protection internationale de la liberté syndicale*, in *Recueil des Cours*, 1975, I, 110; G. GAJA, voce *Organizzazione Internazionale del Lavoro*, cit., p. 347; R. ADAM, voce *ILO (International Labour Organization)*, in DDP, Torino, VIII, 1993, 97 ss.; ID., *Attività normativa e di controllo dell'OIL ed evoluzione della comunità internazionale*, cit., p. 164 ss.

⁴⁷⁵ Il Comitato, creato nel 1951 dal Consiglio d'amministrazione, è composto di nove membri designati in parti uguali dai rispettivi gruppi dei delegati governativi, dei delegati delle organizzazioni dei datori di lavoro e di quelli dei sindacati dei lavoratori e di un Presidente indipendente.

e la diffusione del proprio rapporto⁴⁷⁶. Gli Stati hanno manifestato, in varie occasioni, una scarsa collaborazione impedendo ai meccanismi di controllo offerti dall'OIL di svolgere la loro funzione principale, ossia stimolare un maggiore adempimento delle convenzioni internazionali in materia di lavoro.

Non bisogna dimenticare, inoltre, il rigetto della proposta avanzata dal Direttore Generale (in occasione dell'ottantunesima sessione della Conferenza internazionale del lavoro), a causa dell'opposizione del gruppo dei datori di lavoro, di istituire un meccanismo di controllo, simile a quello esistente in materia di libertà sindacale, per la tutela delle norme in materia di discriminazione sul lavoro nonché di lavoro forzato⁴⁷⁷. L'intento era quello di rafforzare le esistenti procedure basate sull'intervento di una commissione speciale sulla discriminazione (1963) incaricata di svolgere studi speciali sulle condizioni statali relative al rispetto del principio della non discriminazione in materia di impiego⁴⁷⁸. Quanto alle inchieste *ad hoc* condotte in materia di lavoro forzato, esse rilevarono uno scarso interesse dei governi ad esprimere il loro consenso. La nuova procedura (mai attuata) prevedeva l'estensione delle competenze al Comitato sulla libertà sindacale o, in alternativa, l'istituzione di due comitati *ad hoc* chiamati ad esaminare i ricorsi presentati contro uno Stato accusato di aver violato i suindicati principi.

Malgrado il mancato raggiungimento di simili obiettivi, è indubbio che il sistema di supervisione dell'OIL abbia contribuito a rafforzare, a livello internazionale, il sistema di tutela dei diritti umani mediante la coesistenza di un duplice meccanismo che vede come protagonisti non solo gli Stati, ma anche le organizzazioni di lavoratori o datori di lavoro. La facoltà riconosciuta alle organizzazioni individuali di presentare un reclamo contro presunte violazioni dei diritti in materia lavoro, contribuisce a rendere tale sistema di controllo maggiormente efficace in quanto

⁴⁷⁶ I rapporti del Comitato sono diffusi, inizialmente, come documenti del Consiglio d'amministrazione ma, dopo l'approvazione, vengono pubblicati sul Bollettino Ufficiale dell'OIL. L'ampia giurisprudenza del Comitato è raccolta nel volume del BIT, *La liberté syndicale. Recueil des décisions du Comité de la Liberté syndicale du Conseil d'administration*, Genève, 1985. Per quanto riguarda la prassi recente dell'organo si consulti il sito ufficiale www.ilo.org.

⁴⁷⁷ Ci riferiamo alle norme contenute rispettivamente nelle Convenzioni OIL n. 29 sul lavoro forzato adottata nel 1930 (e n. 105 sull'abolizione del lavoro forzato adottata nel 1957) e n. 111 sulla discriminazione (Impiego e Professione) adottata nel 1958.

⁴⁷⁸ Dal momento che possono richiedere l'intervento della commissione sia lo Stato interessato sia le organizzazioni di lavoratori o di datori di lavoro, previo consenso dello Stato stesso, è facile intuire il perché della scarsa efficacia di tale meccanismo.

consente anche alle categorie di lavoratori maggiormente vulnerabili (quali i migranti) di beneficiare sul piano internazionale di valide ed adeguate forme di tutela.

Parte III - La protezione del lavoratore migrante nel contesto regionale del Consiglio d'Europa

III-2.1 La Convenzione europea sullo status di lavoratore migrante e gli altri strumenti regionali

In un ambito assai più ristretto (non già “universale” quale quello della predetta Convenzione), si colloca la citata Convenzione europea sullo status del lavoratore migrante⁴⁷⁹. Essa si applica esclusivamente ai lavoratori migranti *regolari*⁴⁸⁰ cittadini di Stati membri del Consiglio d'Europa che hanno proceduto alla sua ratifica con riferimento ai principali aspetti della condizione giuridica dei lavoratori migranti. La Convenzione europea si propone di assicurare, per quanto possibile, un trattamento che non sia meno favorevole di quello accordato ai cittadini dello Stato contraente⁴⁸¹ per ciò che riguarda: l'assunzione (art. 2), gli esami medici e le attitudini professionali (art. 3), il diritto di lasciare il territorio dello Stato di cui è cittadino e il corrispondente diritto d'accesso nello Stato di impiego (art. 4), il permesso di soggiorno (art. 8), il ricongiungimento familiare (art. 12), le condizioni di lavoro (art. 16), il trasferimento di guadagni (art. 17), la sicurezza sociale e l'assistenza sociale (artt. 18-19), la scadenza del contratto di lavoro e licenziamento (art. 24), la reintegrazione (art. 25).

Le norme della Convenzione, dunque, tendono a garantire uno standard nazionale di trattamento in favore dei lavoratori migranti che, tuttavia, non pregiudica “l'applicazione di disposizioni più favorevoli derivanti dalla legislazione nazionale e

⁴⁷⁹ V. *supra*, cap. I para. 1.3.3a.

⁴⁸⁰ Sulla gestione delle migrazioni irregolari nell'ambito del Consiglio d'Europa, si veda S. TONELLI, *Irregular migration and human rights: a Council of Europe perspectives*, in B. BOGUSZ, R. CHOLEWINSKI, A. CYGAN, E. SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights*, cit., pp. 301-309.

⁴⁸¹ L'art. 31 stabilisce, inoltre, che “nessuna disposizione della Convenzione potrà essere interpretata nel senso di giustificare un trattamento meno favorevole di quello accordato ai lavoratori migranti dalla legislazione nazionale dello Stato d'accoglimento e dagli accordi bilaterali e multilaterali dei quali tale Stato è Parte Contraente”.

dai trattati, convenzioni, accordi o intese bilaterali o multilaterali, adottate in materia” (art. 32).

Con riferimento alle procedure di controllo atte a verificare il grado di attuazione degli obblighi assunti da parte degli Stati contraenti, la Convenzione del 1977 istituisce un Comitato consultivo incaricato di “examine any proposals submitted to it by one of the contracting parties with a view to facilitating or improving the application of the Convention, as well as any proposal to amend it” (art. 33.3)⁴⁸². Il Comitato, sulla base dei documenti ricevuti, redige periodicamente, per il Comitato dei Ministri, un rapporto contenente le informazioni relative alle disposizioni legislative e regolamentari in vigore nel territorio delle Parti e relative alle materie contemplate dalla Convenzione (art. 33.7). A nostro avviso, tale meccanismo di controllo rischia di apparire poco efficace almeno per due ordini di ragioni: in primo luogo, tale procedura è affidata alla buona fede dei singoli Stati che sono chiamati a fornire informazioni periodiche sul grado di conformità delle legislazione nazionale agli obblighi internazionali; e in secondo luogo, le osservazioni contenute nel rapporto finale del Comitato rivestono un carattere meramente esortativo.

Con riferimento alla categoria dei lavoratori migranti, occorre segnalare alcune disposizioni contenute nella Carta sociale europea riveduta⁴⁸³. L’una, di carattere

⁴⁸² Il Comitato adotta pareri e raccomandazioni a maggioranza dei suoi membri che verranno inviati al Consiglio dei Ministri del Consiglio d’Europa il quale decide sul da farsi (art. 33, paras. 4-5).

⁴⁸³ La Carta sociale europea è stata adottata dal Consiglio d’Europa a Torino il 18 ottobre 1961 (pubbl. in *ETS* No. 35), e successivamente riveduta (3 maggio 1996, in *ETS* No. 163). Per quanto riguarda il meccanismo di controllo previsto dalla Carta, esso si fonda sull’attività del *Comitato europeo dei diritti sociali* (che ha sostituito dal 1999 il Comitato di esperti indipendenti), composto da esperti nominati dai vari Stati membri, incaricato di esaminare i rapporti presentati dagli Stati membri periodicamente valutando la conformità della normativa nazionale e della prassi in relazione agli obblighi sottoscritti. La Carta prevede, inoltre, la partecipazione, se pur limitata, delle organizzazioni dei datori di lavoro e dei sindacati all’interno del processo di supervisione, consentendo loro di esprimere dei commenti sui rapporti che vengono inviati direttamente al Segretario Generale del Consiglio d’Europa. L’idea di prevedere anche per la Carta sociale europea un meccanismo di controllo sulla base dei ricorsi individuali è stata più volte intrapresa e sviluppata fino all’adozione Protocollo addizionale del 1995 che prevede un sistema di ricorsi collettivi (aperto alla firma il 9 novembre 1995, il Protocollo è entrato in vigore nel 1998) relativi ad un’attuazione insoddisfacente della Carta. I soggetti legittimati a presentare ricorso sono: le organizzazioni internazionali di datori di lavoro e di lavoratori; altre organizzazioni internazionali non governative dotate di uno statuto consultivo al Consiglio d’Europa; le organizzazioni nazionali rappresentative di datori di lavoro e di lavoratori dipendenti dalla giurisdizione della Parte Contraente chiamata in causa dal reclamo. Il Comitato è incaricato di esaminare il ricorso e di procedere con un esame di merito. L’esame si conclude con la successiva redazione di un rapporto contenente in particolare le conclusioni sulla violazione o meno della Carta che viene trasmesso al Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa e reso pubblico entro i quattro mesi successivi alla trasmissione. Rispetto al

generale, impone agli Stati Parti di “recognise the right of their nationals to leave the country to engage in a gainful occupation in the territories of the other Contracting Parties” (art. 18.4), l'altra garantisce ai lavoratori migranti cittadini di una delle Parti contraenti e alle loro famiglie il diritto alla protezione e all'assistenza sul territorio di ogni altra Parte contraente (art. 19)⁴⁸⁴. Se la prima si limita a riconoscere il diritto di accedere ad un'occupazione, la seconda riguarda coloro che hanno già ottenuto un lavoro. Ai fini della trattazione merita particolare attenzione l'art. 19, la cui sfera di applicazione *ratione personae* è limitata ai soli lavoratori migranti cittadini di una delle Parti contraenti che siano “legalmente presenti nel territorio”⁴⁸⁵, “legalmente residenti”⁴⁸⁶ o “autorizzati a stabilirsi sul territorio”⁴⁸⁷ di una delle Parti. La norma prevede l'adozione da parte di ciascuno Stato contraente di una serie di misure volte a tutelare il lavoratore migrante in ogni fase del processo migratorio, dal fornire adeguate informazioni circa la normativa interna in materia di immigrazione (paragrafo 1), all'assistenza medica durante il viaggio (paragrafo 2), alla cooperazione tra servizi sociali, pubblici e privati, nei Paesi di emigrazione ed immigrazione (paragrafo 3). La Carta garantisce ai lavoratori legalmente residenti

sistema di rapporti nazionali, attraverso il quale i singoli Stati hanno la possibilità di essere valutati periodicamente circa la conformità della propria legislazione agli obblighi della Carta, il meccanismo che prevede la presentazione di ricorsi collettivi ha il grande merito di consentire alle organizzazioni ricorrenti di partecipare alla procedura sottoponendo questioni di natura generale all'attenzione del Comitato europeo sui diritti sociali. In generale sulla Carta e sul meccanismo di controllo ad essa correlato, G. QUINN, *The legal status of the European Social Charter: taking interdependence and indivisibility of human rights seriously*, in *The status of international treaties on human rights*, cit., p. 187 ss.; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 301-311; R. R. CHURCHILL, U. KHALIQ, *The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?*, in *EJIL*, vol. 15(3), 2004, pp. 417-456; DI TURI C., *La protezione dei diritti sociali fondamentali a livello internazionale ed europeo*, in S. GAMBINO (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002, p. 95 ss.; C. PETITTI, *La Charte sociale européenne révisée*, in *RTDH*, 1997, p. 3 ss.; N. PROUVEZ, *The European Social Charter, an Instrument for the Protection of Human Rights in the 21th century*, in *International Commission of Jurists*, 1997, p. 30 ss.; F. SUDRE, *Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives*, in *RGDIP.*, 1996, p. 715 ss.; F. VANDAMME, *La révision de la Charte sociale européenne*, in *RIT*, 1994, vol. 133/5-6, p. 697 ss.; L. SBOLCI, *La Carta sociale europea*, in E. VITTA, V. GREMENTIERI (a cura di), *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, cit., p. 799 ss.; N. VALTICOS, *La Charte Sociale Européenne. Sa structure, son contenu, le contrôle de son application*, in *Dr. Soc.*, 1963, p. 466 ss.; G. BARILE, *La Carta Sociale Europea e il diritto internazionale*, in *RDI*, XLIV, 1961, pp. 624-644.

⁴⁸⁴ Nel dettaglio si veda, D. HARRIS, J. DARCY, *The European Social Charter*, second edition, 2001, Transnational Publishers, Inc., p. 210 ss.

⁴⁸⁵ Si vedano in particolare i paragrafi 4, 5, 7.

⁴⁸⁶ Si veda il paragrafo 8.

un trattamento che non sia meno favorevole di quello riservato ai lavoratori nazionali in termini di remunerazione o altre condizioni di lavoro, di partecipazione ai sindacati e alla contrattazione collettiva e di alloggio (art. 19.4); di tassazione e contributi (paragrafo 5); e garanzie giurisdizionali (paragrafo 7). La norma prevede, inoltre, forme di tutela contro eventuali provvedimenti di espulsione che coinvolgano lavoratori legalmente residenti salvo nel caso in cui la loro condotta minacci la sicurezza nazionali o risulti oltraggiosa per l'ordine pubblico o la moralità (paragrafo 8)⁴⁸⁸.

Pur non prevedendo una specifica disciplina in materia di migrazioni economiche, e dunque, non rivolgendosi espressamente ai lavoratori migranti, meritano di essere menzionati altri due strumenti adottati in seno al Consiglio d'Europa: la citata Convenzione europea di stabilimento⁴⁸⁹ e la Convenzione sulla partecipazione degli stranieri nella vita pubblica a livello locale⁴⁹⁰. La prima rappresenta il primo tentativo in Europa di sistematizzare uno statuto giuridico dello straniero *legalmente* residente sul territorio di uno Stato contraente, fondato sulla parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato interessato in ordine al godimento e all'esercizio di diritti civili (cap. II), alla protezione legale e giudiziaria (cap. III), al diritto di svolgere un'attività remunerata, ad esempio nel settore dell'industria, del commercio, della finanza, dell'agricoltura, dell'artigianato, o della libera professione (art. 10), alla regolamentazione nazionale in materia di salari e condizioni generali di lavoro (art. 17).

La Convenzione sulla partecipazione degli stranieri nella vita pubblica a livello locale, che mira a favorire l'integrazione degli stranieri nella comunità locale consentendogli di partecipare agli affari pubblici, e quindi, di esercitare i diritti politici in senso stretto (come ad esempio, il diritto di elettorato attivo e passivo nell'ambito delle elezioni locali), si rivolge agli stranieri che risiedono *legalmente*

⁴⁸⁷ È questo il caso dell'art. 19.6, secondo cui le Parti si impegnano "ad agevolare per quanto è possibile il ricongiungimento familiare del lavoratore migrante autorizzato a stabilirsi sul territorio".

⁴⁸⁸ Gli Stati contraenti si impegnano ad estendere l'assistenza e la protezione garantita dall'art. 19 anche ai lavoratori autonomi (paragrafo 10), nonché a promuovere e facilitare l'insegnamento della lingua madre del Paese di destinazione (paragrafo 11) anche ai migranti di seconda generazione (paragrafo 12).

⁴⁸⁹ V. *supra*, cap. I para. 1.3.2 nota 91.

⁴⁹⁰ Adottata dal Consiglio d'Europa il 5 febbraio a Strasburgo e pubblicata in *European Treaty Series* No. 144.

sul territorio dello Stato interessato. Tuttavia, è stato osservato che con riferimento alle disposizioni che raccomandano il riconoscimento di alcuni diritti fondamentali (quali, ad esempio le cure mediche essenziali, il vestiario, i mezzi di sostentamento, ecc.), essa non applica ai soli cittadini delle Parti contraenti, bensì ai tutti i migranti indipendentemente dal loro *status* giuridico, e comunque non necessariamente cittadini di Stati membri del Consiglio d'Europa⁴⁹¹.

In conclusione, occorre notare che nell'ambito del contesto regionale del Consiglio d'Europa la tutela offerta ai lavoratori migranti risente particolarmente della ristretta sfera di applicazione degli strumenti pertinenti. Questi ultimi, infatti, si applicano esclusivamente ai lavoratori migranti che siano cittadini di Stati contraenti e che risiedano regolarmente sul territorio dello Stato di occupazione. Tali caratteristiche impediscono agli strumenti regionali in questione di garantire un'efficace tutela in favore dei lavoratori migranti.

Considerazioni conclusive

La trattazione che precede ha tentato di ricostruire il quadro normativo di riferimento applicabile nei confronti dei lavoratori migranti, partendo dall'assunto che a tali soggetti dovrebbero essere riconosciuti *in primis* tutti i diritti fondamentali in materia di lavoro. Per quanto riguarda le norme che tutelano il lavoratore in virtù dello *status* migratorio, hanno costituito oggetto di approfondimento le due convenzioni adottate dall'OIL rispettivamente nel 1949 e nel 1975 (con le relative raccomandazioni), la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia del 1990, nonché la Convenzione europea sullo status di lavoratore migrante adottata dal Consiglio d'Europa nel 1977.

Se da un lato, saremmo portati a ritenere che la presenza di tali strumenti sia sufficiente a garantire, se pur ad un livello formale, il riconoscimento dei diritti in materia di lavoro ai lavoratori migranti in condizioni di eguaglianza rispetto ai nazionali, dall'altro resta da chiarire se vi siano ambiti in cui tali garanzie al contrario risultano scarsamente riconosciute sul piano sostanziale, e soprattutto

⁴⁹¹ È quanto previsto dalla raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa n. R(2000)3 del 19-01-2000 sul "Right to the satisfaction of basic material needs of persons in situations of extreme hardship", consultabile su <http://cm.coe.int/ta/rec/2000/20000r3.htm>.

quale sia attualmente il grado di coordinamento tra queste norme che appartengono a diversi ordinamenti giuridici.

Nelle pagine che seguono, cercheremo infatti di analizzare la portata di taluni diritti sostanziali in materia di lavoro con riferimento alla loro applicabilità nei confronti dei lavoratori migranti partendo dall'assunto che le migrazioni internazionali per motivi di lavoro, pur apportando una serie di vantaggi ai Paesi di origine e di destinazione, generano al contempo fenomeni diffusi di sfruttamento e di discriminazione.

CAPITOLO TERZO

I diritti dei migranti in materia di lavoro

3.1 Le migrazioni internazionali per motivi di lavoro

Il fenomeno delle migrazioni economiche internazionali viene oggi più che in passato percepito come estremamente complesso, a causa dell'esistenza di fenomeni tra loro interdipendenti (la disparità economica esistente tra Paesi in via di sviluppo e Paesi industrializzati e la globalizzazione che porta con sé una maggiore liberalizzazione del commercio determinando una più elevata flessibilità del mercato del lavoro)⁴⁹² che favoriscono ed incrementano il movimento transfrontaliero di lavoratori. Quest'ultimo, dunque, diventa parte integrante del sistema economico globale e, al contempo, l'espressione più esplicita dello squilibrio esistente tra i livelli di sviluppo economico e sociale delle diverse regioni del mondo.

Ciò detto, non sorprende che un simile fenomeno determini un enorme impatto sia nei confronti dell'economia dei Paesi di destinazione sia di quella dei Paesi origine⁴⁹³.

Quanto al primo profilo, occorre evidenziare che la necessità per molti Paesi industrializzati di reagire alle nuove logiche competitive dell'economia globale minimizzando i costi ha favorito sempre più forme di lavoro flessibili e poco remunerative. La manodopera immigrata, infatti, ha rappresentato una componente lavorativa molto elastica disposta ad occupare anche i settori meno ambiti dai lavoratori nazionali, sottoscrivendo il più delle volte dei contratti di lavoro a tempo determinato e percependo una retribuzione spesso inferiore a quella prevista per i cittadini del Paese di occupazione.

Se, come si è detto, l'inserimento dei lavoratori migranti nel mercato globale ha comportato dei vantaggi evidenti per i Paesi di occupazione in

⁴⁹² In argomento, v. W. BURKETT, *The international labour dimension: an introduction*, in J. D. R. CRAIG, S. M. LYNK (eds.), *Globalization and the future of labour law*, cit., p. 15 ss.; H. F. CHANG, *Migration as International Trade the Economic Gains from the Liberalized Movement of Labor*, in *J. Int'l L. & For. Aff.*, vol. 3(2), 1998, pp. 371-387.

⁴⁹³ Sul punto, M. LAHLOU, *Migrations de travail. Interaction avec les droits de l'homme et le développement*, su <http://www.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/lahlou.doc>

quanto ha consentito di soddisfare la richiesta di manodopera straniera a basso costo incrementando la crescita economica, d'altro canto non bisogna trascurare il dato relativo ai benefici derivanti dai flussi migratori per i Paesi di origine, soprattutto in termini di sviluppo e riduzione della povertà. In primo luogo, merita attenzione lo straordinario impatto delle *rimesse* sulle economie dei Paesi di emigrazione, che costituiscono la loro seconda principale fonte di reddito dopo gli investimenti diretti stranieri⁴⁹⁴. I flussi di rimesse, infatti, consentono ai privati di svolgere una serie di attività (accedere alla formazione professionale ovvero investire capitale in progetti commerciali) che altrimenti richiederebbero un dispendio di risorse interne notevole.

In secondo luogo, dal momento che il mercato del lavoro tende a valorizzare maggiormente la presenza di lavoratori altamente qualificati o *highly-skilled migrants* (professionisti, manager, tecnici, prestatori di servizi, ecc.), tali soggetti, una volta rientrati nel Paese di origine, tentano di sfruttare al meglio le conoscenze acquisite durante il periodo di occupazione all'estero. L'“importazione” di nuove competenze all'interno dei Paesi meno sviluppati, infatti, contribuisce all'intensificazione degli scambi commerciali e delle iniziative a scopo industriale.

Nonostante gli evidenti benefici derivanti dalle migrazioni economiche, una delle questioni maggiormente dibattute attiene alla violazione dei diritti dei lavoratori migranti sia nel contesto delle migrazioni regolari (è questo il caso di coloro i quali svolgono un'attività lavorativa su base temporanea) sia in quello delle migrazioni irregolari.

L'incremento della richiesta di manodopera straniera “temporanea”⁴⁹⁵ ha, infatti, determinato la *precarizzazione* di molti settori dell'economia⁴⁹⁶,

⁴⁹⁴ In argomento, v. M. SCHIFF, C. ÖZDEN (eds.) *International Migration, Remittances and the Brain Drain*, World Bank Report, NY, ott. 2005.

⁴⁹⁵ I lavoratori migranti temporanei vengono spesso definiti “skilled transients”, cfr., R. COHEN, *Migration and its enemies. Global Capital, Migrant Labour and the Nation-State*, Ashgate, 2006, p. 186.

⁴⁹⁶ Per una definizione di lavoratori occasionali e stagionali, semi-continuativi, stabili e continuativi, si v. M. AMBROSINI, *Travailler dans l'ombre. Les immigrés dans l'économie informelle*, in *REMI*, 1999 (15)2, pp. 95-121.

costringendo i lavoratori a dover cambiare frequentemente occupazione, passando da attività autonome o salariate a lavori a contratto senza alcuna prospettiva di stabilità futura⁴⁹⁷. Da un punto di vista qualitativo, occorre inoltre notare che attualmente le migrazioni economiche su basi temporanee sono caratterizzate da un profilo non trascurabile. Infatti, se in passato i lavoratori temporanei disponevano di qualifiche medio-basse (agricoltori, lavoratori occupati nel settore dell'industria e delle costruzioni, ecc.), per cui spesso erano costretti a svolgere mansioni che altrimenti nessun nazionale avrebbe svolto, le politiche immigratorie contemporanee tendono a valorizzare maggiormente il lavoratore altamente qualificato⁴⁹⁸. Tuttavia, in taluni settori dell'economia informale continua a persistere una grande quantità di personale scarsamente qualificato (c.d. *unskilled*), che risulta particolarmente vulnerabile a certi abusi durante il processo di reclutamento. I lavoratori migranti c.d. "inesperti", infatti, spesso si rivolgono ad agenzie di collocamento private che competono intensivamente per il loro inserimento nel mercato del lavoro del Paese di destinazione (in altri termini, si tratta di una vera e propria forma di "commercializzazione" del reclutamento dei lavoratori stranieri). A ciò si aggiunga la scarsa tutela offerta a tali soggetti, che determina situazioni di sfruttamento e discriminazione anche nel periodo successivo all'ottenimento di un impiego: non mancano, infatti, situazioni in cui i lavoratori percepiscono un salario inferiore rispetto a quello previsto nel contratto di lavoro, non ricevono alcuna retribuzione aggiuntiva per le ore di lavoro straordinario, o ancora, non usufruiscono di ferie pagate⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Con riferimento alle misure volte alla gestione delle migrazioni temporanee, cfr. M. RUHS, *The potential of temporary migration programmes in future international migration policy*, sett. 2005, consultabile sul sito www.gcim.org.

⁴⁹⁸ Cfr., B. GHOSH, *Huddled masses and uncertain shores. Insights into irregular migration*, cit., p. 77.

⁴⁹⁹ Cfr. R. CHOLEWINSKI, *International labour law and the protection of migrant workers: revitalizing the agenda in the era of globalization*, in J. D. R. CRAIG, M. LYNK (eds), *Globalization and the Future of the Labour Law*, Cambridge, 2006, p. 417 ss.; ID., *Protecting Migrant Workers in a Globalized World*, su www.migrationinformation.org, 1 marzo 2005.

Con riferimento al contesto delle migrazioni irregolari, la situazione appare maggiormente complessa, dal momento che, accanto alle scarse garanzie offerte in termini di condizioni di lavoro (carico di lavoro eccessivo che determina un numero di ore lavorative superiore allo standard minimo giornaliero, cui spesso corrisponde il pagamento di un salario al di sotto del limite previsto dalla legge, condizioni igienico-sanitarie e di sicurezza particolarmente insufficienti), si verificano casi di sfruttamento ben più gravi che attentano all'integrità fisica dei soggetti coinvolti (si pensi al traffico di migranti o alla tratta di esseri umani)⁵⁰⁰.

È alla luce di simili considerazioni preliminari che si pone il problema del rafforzamento dei meccanismi di tutela dei diritti dei lavoratori migranti.

Nel prosieguo della trattazione ci soffermeremo, infatti, sulla portata di alcune norme internazionali in materia di lavoro al fine di comprenderne il grado di applicabilità e di attuazione con riferimento ai lavoratori migranti. Infine, ci occuperemo della regolamentazione di alcuni fenomeni, che oggi si configurerebbero, alla luce della loro natura e del loro contenuto, come gravi violazioni dei diritti umani dei migranti.

3.2 Il principio di non-discriminazione e i lavoratori migranti: il parere consultivo della Corte inter-americana per i diritti dell'uomo sullo statuto giuridico dei lavoratori migranti irregolari

Abbiamo avuto modo nel capitolo precedente di analizzare la natura e il contenuto della norma che sancisce il divieto di discriminazione, non solo accertandone il carattere cogente, ma soprattutto cogliendone l'importanza in riferimento alla protezione dei diritti dei soggetti migranti.

⁵⁰⁰ È quanto osservato dal Relatore speciale sui diritti umani dei migranti J. Bustamante. Doc. E/CN.4/2006/73, cit., para. 54 ss. A riguardo si è espresso il Comitato per i diritti umani nelle osservazioni conclusive al secondo rapporto presentato dalla Svizzera in attuazione degli obblighi previsti da PIDCP, affermando che "aliens without working papers run the risk of becoming victims of exploitation and abuse". *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Switzerland, 30 october 2001*, A/57/40 vol. I(2002), para. 15.

A tale riguardo, giova menzionare il citato parere emesso dalla Corte inter-americana per i diritti dell'uomo⁵⁰¹ sullo *Statuto giuridico dei lavoratori migranti irregolari*⁵⁰², in cui l'organo giurisdizionale affronta la questione relativa alla protezione internazionale dei diritti dei lavoratori migranti irregolari. Con il parere, la Corte accoglie una richiesta presentata dal governo del Messico avente ad oggetto le questioni relative al mancato esercizio e godimento dei diritti fondamentali in materia di lavoro da parte dei lavoratori migranti irregolari, e alla loro incompatibilità con gli obblighi, incombenti sugli Stati americani, che attengono al rispetto dei principi di eguaglianza e non discriminazione sanciti nei principali strumenti internazionali sui diritti umani. In primo luogo, la Corte, affermando il generale obbligo di protezione dei diritti umani fondamentali, ha avuto modo di ribadire non solo il carattere universale delle norme pertinenti, sancite nei principali trattati internazionali in materia e applicabili nei confronti di *tutti* gli esseri umani⁵⁰³, ma soprattutto la necessità che il godimento e l'esercizio dei diritti siano garantiti senza alcuna discriminazione⁵⁰⁴. In secondo luogo, l'organo giurisdizionale, ricordando il significato del termine "discriminazione"⁵⁰⁵, ha voluto precisare che "not all differences in treatment are in themselves offensive to human dignity"⁵⁰⁶, al contrario, non esiste discriminazione "... if the difference in

⁵⁰¹ Ricordiamo che la competenza consultiva della Corte è prevista nell'art. 64 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo. La Corte può essere consultata dagli Stati membri dell'OSA e dagli organi elencati nel capitolo decimo della sua Carta, tra i quali la Commissione interamericana. La si può consultare sull'interpretazione della Convenzione o di altri trattati riguardanti la salvaguardia dei diritti dell'uomo negli Stati americani ed anche sulla compatibilità delle leggi interne di uno Stato membro. Per ulteriori approfondimenti sulla funzione consultiva della Corte, v. C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 402-403.

⁵⁰² V. *supra* cap. I, para. 1.1, nota 21. Per quanto riguarda la Corte inter-americana dei diritti dell'uomo e il meccanismo di protezione dei diritti previsti nella CADU, v. *supra*, cap. II, para. I-2.1.2b, nota 233. Per un commento al parere consultivo OC-18/2003, v. P. WECKEL, *Chronique de jurisprudence internationale*, in *RGDIP*, tomo CVIII, 2004, pp. 234-237.

⁵⁰³ Parere OC-18/2003, cit., para. 70 ss.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, para. 85.

⁵⁰⁵ Con il termine "discriminazione" si intende "... any exclusion, restriction or privilege that is not objective and reasonable, and which adversely affects human rights". OC-18/2003, cit., para. 84.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, para. 89.

treatment has a legitimate purpose and if it does not lead to situations which are contrary to justice, to reason or to the nature of things”⁵⁰⁷.

Una delle questioni più rilevanti affrontate dalla Corte attiene alla natura della norma che prevede il divieto di discriminazione. Secondo quanto sostenuto nel parere, il principio di non-discriminazione ha ormai assunto il rango di norma imperativa di diritto internazionale⁵⁰⁸, nella misura in cui non solo vincola tutti gli Stati, indipendentemente dal fatto se abbiano o meno ratificato uno specifico trattato, ma dispiega i suoi effetti anche nei confronti di terzi, inclusi gli individui⁵⁰⁹. Inoltre, come rilevato in precedenza⁵¹⁰, in virtù della sua appartenenza allo *jus cogens* il principio di non-discriminazione imporrebbe obblighi di natura *erga omnes* che incombono su tutti gli Stati della Comunità internazionale e nei confronti di tutti. Senza dubbio, la posizione espressa dalla Corte rappresenta un passo significativo nella prassi degli organi di controllo sui diritti umani che contribuisce a diffondere quella *opinio juris* necessaria al consolidamento di un’idea comune sulla natura cogente di talune norme fondamentali sui diritti umani.

L’aspetto che maggiormente merita di essere approfondito, dopo tali considerazioni di carattere generale, attiene all’applicabilità del principio di non discriminazione alla condizione di soggetto migrante.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, para. 91.

⁵⁰⁸ Parte della dottrina, riconosce alla norma che vieta la discriminazione una portata generale (ma non ancora imperativa) nella misura in cui viene costantemente richiamata in generale negli strumenti internazionali sui diritti umani, ed in particolare nell’ambito della normativa in materia di impiego ed occupazione. Cfr., S. SANNA, *Diritti dei lavoratori e disciplina del commercio nel diritto internazionale*, cit., p. 114.

⁵⁰⁹ Nel parere si legge: “...the effects of the fundamental principle of equality and non-discrimination encompass all States, precisely because this principle, which belongs to the realm of *jus cogens* and is of a peremptory character, entails obligations *erga omnes* of protection that bind all States and give rise to effects with regard to third parties, including individuals” (para. 110). In virtù di quanto appena affermato, l’obbligo di rispettare i diritti umani spetterebbe non solo allo Stato, ma anche ai soggetti privati. Nel caso specifico, la Corte afferma che “in the context of the private employment relationship,...the employer must respect the human rights of his workers” (para. 146).

⁵¹⁰ Sulla questione relativa alla natura cogente del principio di non discriminazione da cui discenderebbero obblighi di natura *erga omnes* e all’eventuale coincidenza tra le due nozioni, v. *supra* cap. II, para. I-2.1.

A riguardo, la Corte osserva che l'obbligo generale di rispettare e garantire i diritti umani senza alcuna discriminazione incombe su tutti gli Stati "to benefit the persons under their respective jurisdictions, irrespective of the migratory status of the protected persons". Ciò significa che lo *status* di migrante, specie se irregolare, non può costituire presupposto valido per uno Stato che non intende garantire l'eguaglianza di trattamento, poiché la natura fondamentale della norma in questione impone l'applicazione della stessa sia nei confronti dei cittadini che degli stranieri presenti sul territorio dello Stato interessato. Pur nel rispetto del potere discrezionale di uno Stato di porre in essere una serie di misure restrittive nei confronti dello straniero se giustificate da impellenti motivi di sicurezza nazionale, la Corte ritiene che tali provvedimenti debbano essere attuati nel rispetto dei diritti di "... all persons who are in their territory, without any discrimination owing to their regular or irregular residence, or their nationality, race, gender or any other reason"⁵¹¹. Tuttavia, ciò non significa che gli Stati non possano prevedere un trattamento differenziato tra nazionali e stranieri (a titolo di esempio, il mancato riconoscimento dei diritti politici), o tra migranti regolari e irregolari, che sia ragionevole, obiettivo, proporzionato e non lesivo dei diritti altrui⁵¹². Pertanto, forme di discriminazione che determinano una situazione di svantaggio per i lavoratori irregolari a favore dei cittadini o dei migranti regolari, non costituirebbero di per sé violazioni dei diritti umani se trovano giustificazione nei criteri summenzionati⁵¹³.

In sintesi, gli Stati in virtù di una norma che trova fondamento nel diritto internazionale pattizio e consuetudinario, sono chiamati a rispettare i diritti fondamentali di tutti i lavoratori, inclusi quelli dei migranti irregolari. Lo *status* giuridico, dunque, non costituisce un presupposto utile per giustificare eventuali trattamenti discriminatori nei confronti dei lavoratori migranti

⁵¹¹ *Ibidem*, para. 118.

⁵¹² *Ibidem*, para. 119.

⁵¹³ Cfr., D. CASSEL, *Equal Labor Rights for Undocumented Migrant Workers*, in A. F. BAYEFSKY (ed.), *Human rights and refugees, internally displaced persons and migrant workers*, cit., p. 492.

irregolari specie con riferimento ad alcuni diritti fondamentali che la Corte richiama espressamente nel parere, tra i quali la proibizione del lavoro forzato, la libertà di associazione, il diritto di prendere parte o aderire ad un sindacato, il diritto alla contrattazione collettiva, il diritto ad un'equa remunerazione, il diritto alla tutela giurisdizionale, il diritto ad adeguate condizioni di lavoro⁵¹⁴.

Inoltre, la Corte ha precisato che nel momento stesso in cui un lavoratore migrante stabilisce una relazione di lavoro in uno Stato diverso da quello di appartenenza, acquista una serie di diritti connessi all'esercizio di quella particolare attività lavorativa indipendentemente dal proprio status migratorio. Pertanto, l'irregolarità della propria condizione giuridica, non può costituire un impedimento al godimento e all'esercizio dei diritti umani, inclusi quelli relativi all'occupazione⁵¹⁵. Nel momento stesso in cui un migrante irregolare ottiene un impiego, diventa immediatamente titolare dei diritti corrispondenti allo status di lavoratore che ciascuno Stato è obbligato a rispettare ed assicurare indipendentemente dalla condizione giuridica⁵¹⁶.

3.3 Il principio dell'eguaglianza di trattamento nella normativa OIL

Il principio di non-discriminazione, fulcro dell'intero sistema internazionale di garanzia dei diritti umani⁵¹⁷, assume un ruolo altrettanto fondamentale se applicato ad una sfera, quella lavorativa, che sempre più pone problemi sul

⁵¹⁴ La salvaguardia di tali diritti in favore dei migranti, afferma la Corte, assume rilevanza nella misura in quanto si fonda sul principio della natura inalienabile di tali diritti, che tutti i lavoratori posseggono indipendentemente dal loro status migratorio, e sul principio della dignità umana. *Ibidem*, para. 157.

⁵¹⁵ La necessità di riconoscere alcuni diritti economici ai migranti indipendentemente dalla regolarità del proprio status giuridico, è stata ribadita anche dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa in una recente risoluzione. In particolare, l'organo precisa che "social security should not be denied to irregular migrants" (punto 13.3.) e che "irregular migrants who have made social security contributions should be able to benefit from these contributions or be reimbursed if expelled from the country" (punto 13.4). Inoltre, tali soggetti "should be entitled to fair wages, reasonable working conditions, compensation for accidents, access to a court to defend their rights and also freedom to form and to join a trade union" (punto 13.5). Risoluzione n. 1509/2006, *Human rights of irregular migrants*, su <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta06/Eres1509.htm#1>.

⁵¹⁶ *Ibidem*, paras. 133-135.

⁵¹⁷ Il principio di non discriminazione costituisce elemento integrale del c.d. "minimum core content" di tutti i diritti economici, sociali e culturali. Cfr., R. CHOLEWINSKI, *Constructing a Rights-Based Legal Framework for the Regulation of Labour Migration in the*

piano dell'eguaglianza di trattamento⁵¹⁸. Principio, quest'ultimo, che assume una specifica rilevanza se riferito al rapporto che si instaura tra lavoratori migranti e lavoratori nazionali. Della questione si è occupata *in primis* l'OIL, promuovendo una politica che assicurasse l'eguaglianza di trattamento tra lavoratori nazionali e lavoratori migranti e il rispetto della dignità di questi ultimi spesso esposti ad abusi e violenze.

Alla luce di simili considerazioni, pare opportuno richiamare alcuni degli strumenti normativi adottati in seno a tale Organizzazione che contemplano tra i loro obiettivi principali l'eliminazione di qualunque forma di discriminazione in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

3.3.1 La convenzione sulla discriminazione in materia di impiego ed occupazione

Tra la norme fondamentali in materia di lavoro, occorre ricordare la citata convenzione sulla discriminazione in materia di impiego ed occupazione (n. 111/58)⁵¹⁹ che mira a tutelare il diritto ad una parità di trattamento nell'impiego tale da eliminare ogni forma di discriminazione (art. 2)⁵²⁰. Come osservato in precedenza, tale normativa è da considerarsi ormai parte del diritto internazionale consuetudinario, non solo in ragione del fatto che i “diritti fondamentali dei lavoratori” sono stati da tempo inclusi in una serie di strumenti universali sui diritti umani, ma soprattutto che la loro generale osservanza é stata più volte ribadita nella prassi internazionale, specie a

Mediterranean Region, Paper presentato in occasione del Seventh Mediterranean Social and Political Research Meeting, Firenze, 22-26 maggio 2006, p. 9.

⁵¹⁸ All'interno del *Sistema multilaterale di gestione delle migrazioni per lavoro*, adottato nel 2005, l'OIL, ponendo l'attenzione sulle forme di discriminazione contro i lavoratori migranti fondate su motivi di sesso, razza e status migratorio, insiste sul fatto che “the human rights of all migrant workers, regardless of their status, should be promoted and protected” (cap. V, para. 8).

⁵¹⁹ V. *supra*, cap. II, para. II-2.4.

⁵²⁰ La disposizione dal carattere meramente promozionale contenuta nell'art. 2 prevede che ciascuno Stato contraente “undertakes to declare and pursue a national policy designed to promote, by methods appropriate to national conditions and practice, equality of opportunity and treatment in respect of employment and occupation, with a view to eliminating any discrimination in respect thereof”.

seguito dell'adozione della già mezionata *Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali sul lavoro* (1998).

Benché non specificamente rivolta ai lavoratori migranti, la convenzione si pone a fondamento di quel complesso di norme su richiamate e che costituiscono le fonti del diritto internazionale delle migrazioni (in particolare, la Convenzione OIL n. 143/1975 e la Convenzione ONU sui diritti dei lavoratori migranti del 1990).

Ciò detto, appare quantomeno singolare il fatto che, contrariamente agli altri standards in materia di lavoro che si applicano a tutti i lavoratori, indipendentemente dalla loro nazionalità⁵²¹, la Convenzione n. 111 non proibisca espressamente forme di discriminazione fondate su tale requisito⁵²². Il termine “discriminazione”, infatti, viene riferito a “any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, color, sex, religion, political opinion, *national extraction* or social origin, which has effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation” (art. 1.1 lett. a)⁵²³. L'utilizzo dell'espressione *national extraction* ha suscitato non poche perplessità in ragione del suo significato poco chiaro. Se alcuni governi, infatti, hanno manifestato l'intenzione di voler includere i lavoratori migranti tra i beneficiari della norma in quanto nazionali di un Paese diverso da quello di occupazione, gli organi OIL hanno chiarito che “distinctions made on the basis of national extraction meant distinctions between nationals of the ratifying country made on the round of foreign ancestry or foreign birth”⁵²⁴.

⁵²¹ Cfr. R. CHOLEWINSKI, *International labour law and the protection of migrant workers: revitalizing the agenda in the era of globalization*, in J. D. R. CRAIG, S. M. LYNK (eds.), *Globalization and the future of labour law*, cit., p. 411.

⁵²² Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 104 e H. K. NIELSEN, *The concept of discrimination in ILO Convention No. 111*, in *ICLQ*, 43, 1994, pp. 827-840.

⁵²³ Inoltre, come é stato osservato, la Convenzione n. 111 non proibisce espressamente la discriminazione basata sullo *status* di lavoratore migrante irregolare, preferendo a questi ultimi i nazionali o i migranti regolari. Cfr., D. CASSEL, *Equal Labor Rights for Undocumented Migrant Workers*, in A. F. BAYEFSKY (ed.), *Human rights and refugees, internally displaced persons and migrant workers*, cit., p. 491.

⁵²⁴ Rapporto del Comitato sulla Discriminazione (para 11) citato da H. BARTOLOMEI de la CRUZ, G. VON POTOBOSKY, L. SWEPSTON, *The International Labour Organization*, cit., p 265.

Tuttavia, non bisogna intendere la disposizione suindicata come esaustiva, potendo gli Stati prevedere in consultazione con le parti sociali e gli organi competenti ulteriori motivi di non-discriminazione (art. 1.1 lett. *b*), tra i quali appunto la nazionalità. Inoltre, anche in assenza di uno specifico riferimento a tale requisito, non è detto che la Convenzione in questione non possa tutelare i lavoratori migranti in maniera indiretta, dal momento che eventuali trattamenti discriminatori nei confronti di quest'ultimi basati su motivi che attengono alla razza, alla religione o all'opinione politica sono espressamente proibiti⁵²⁵.

3.3.2 Le norme sulla parità di trattamento dei lavoratori migranti: le convenzioni OIL n. 97/49 e n. 143/75

A differenza delle norme appena citate, la già citata convenzione n. 97/1949, sancendo l'eguaglianza di trattamento tra lavoratori nazionali e lavoratori migranti con riferimento alle condizioni di lavoro, proibisce espressamente qualunque discriminazione fondata sulla nazionalità oltre che sui motivi appena richiamati⁵²⁶. La corrispondente norma contenuta nella convenzione n. 143/1975 riconosce l'obbligo per gli Stati contraenti di promuovere e di garantire la parità di opportunità e di trattamento omettendo, tuttavia, ogni riferimento al principio di non discriminazione (art. 10)⁵²⁷.

Il principio dell'eguaglianza di trattamento viene disciplinato in maniera differente in detti strumenti normativi. In primo luogo, la disposizione da

⁵²⁵ Cfr., M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, *La OIT y los trabajadores migrantes*, in J. JAVILLIER, B. GERNIGON (sous la direction de), *Les normes internationales du travail*, cit., p. 552. Da notare con riferimento all'eguaglianza di trattamento da riservare ai lavoratori migranti e ai membri delle loro famiglie, che la raccomandazione n. 111 (1958), supplementare alla convenzione n. 111, rinvia espressamente alla convenzione e alla raccomandazione pertinenti del 1949.

⁵²⁶ L'art. 6.1 stabilisce che "gli Stati si impegnano a garantire, senza discriminazione basata sulla nazionalità, la razza, la religione o il sesso, ai migranti legalmente presenti sul territorio nazionale, un trattamento non meno favorevole di quello riservato ai lavoratori nazionali...".

⁵²⁷ Benché non vi sia espresso riferimento, è evidente che la norma contenuta nell'art. 10 trae ispirazione da una equivalente disposizione prevista dall'art. 2 della Convenzione n. 111/1958, secondo cui: "ogni Membro per il quale la convenzione sia in vigore s'impegna a formulare e ad attuare una politica nazionale diretta a promuovere e garantire, con metodi adatti alle circostanze ed agli usi nazionali, la parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione e di professione, in vista di eliminare qualunque discriminazione rispetto a ciò".

contenuta nell'art. 10 della convenzione n. 143, se da un lato appare meno garantista della corrispondente norma contenuta nella convenzione n. 97 non prevedendo espressamente il principio di non discriminazione, dall'altro occorre notare che l'eguaglianza di trattamento viene riconosciuta non solo in relazione all'ambito lavorativo (come accade nello strumento del 1949), ma anche in via generale alle condizioni di vita ("diritti ... culturali, libertà individuali e collettive ...")⁵²⁸.

In secondo luogo, mentre l'art. 6.1 della convenzione n. 97 si limita a riconoscere il "trattamento nazionale" ai lavoratori migranti in relazione a specifiche condizioni di lavoro (lett. a) nella misura in cui queste siano disciplinate dalla legge o siano soggette al controllo delle autorità amministrative, l'art. 10 della Convenzione n. 143 persegue simultaneamente il duplice obiettivo: di promuovere l'eguaglianza di opportunità e di eliminare la discriminazione nella pratica⁵²⁹. In altre parole, se la norma della convenzione del 1949 proibisce l'ineguaglianza di trattamento derivante dalla legislazione o dall'azione delle autorità amministrative, non obbligando tuttavia gli Stati a porre in essere misure volte alla riduzione delle disuguaglianze in concreto, l'art. 10 intende ribadire la necessità di adottare progressivamente "azioni positive" che diano effettiva attuazione al principio

⁵²⁸ Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 104. Con riferimento all'applicazione del principio dell'eguaglianza di opportunità e di trattamento, la Raccomandazione n. 151 (para. 2) individua sia alcuni ambiti che attengono espressamente alla sfera lavorativa ("... (a) access to vocational guidance and placement services; (b) access to vocational training and employment ...; (c) advancement in accordance with their individual character, experience, ability and diligence; (d) security of employment, the provision of alternative employment, relief work and retraining; (e) remuneration for work of equal value; (f) conditions of work, including hours of work, rest periods, annual holidays with pay, occupational safety and occupational health measures, as well as social security measures and welfare facilities and benefits provided in connection with employment; (g) membership of trade unions, exercise of trade union rights ...; (h) rights of full membership in any form of co-operative) sia aspetti relativi alle condizioni di vita dell'individuo ("(i) ..., including housing and the benefits of social services and educational and health facilities).

⁵²⁹ Ai sensi della norma: "ogni Membro per il quale la convenzione sia in vigore s'impegna a formulare e ad attuare una politica nazionale diretta a promuovere e garantire, con metodi adatti alle circostanze ed agli usi nazionali, la parità di opportunità e di trattamento...".

de quo evitando che la tutela sia prevista ad un livello meramente promozionale⁵³⁰.

Infine, il principio dell'eguaglianza di trattamento previsto della convenzione n. 97 non si riferisce alle condizioni di accesso all'occupazione e alle differenti professioni, contrariamente a quanto accade nello strumento del 1975. Quest'ultimo, infatti, utilizzando i termini "employment" e "occupation", e richiamando l'art. 1.3 della citata convenzione n. 111⁵³¹ (v. *supra*), intende includere il principio dell'eguaglianza di opportunità nelle fasi di accesso alla formazione, all'occupazione e a particolari professioni. Con riferimento al principio dell'eguaglianza di trattamento riferito all'accesso all'occupazione, l'art. 14 della convenzione n. 143 da un lato autorizza talune restrizioni, limitate nel tempo, che attengono prevalentemente alla libera scelta di un'occupazione, dall'altro prescrive il divieto per gli Stati contraenti di limitare il c.d. diritto alla mobilità geografica dei lavoratori migranti legalmente presenti nel territorio⁵³² consentendo a quest'ultimi di goderne su di un piano di parità con i lavoratori nazionali sin dal loro ingresso nello Stato di occupazione (lett. *a*). La norma, inoltre, attribuisce alle parti contraenti la facoltà di restringere l'accesso a determinati tipi di occupazioni o mansioni qualora sia necessario nell'interesse dello Stato (lett. *c*)⁵³³.

Con riferimento alla sfera di applicazione *ratione personae*, entrambi gli strumenti garantiscono la parità di trattamento nei confronti dei soli lavoratori migranti regolarmente presenti sul territorio dello Stato di occupazione.

⁵³⁰ General Surveys - *Migrant Workers*, 1999, cap. V, sez. I, para. 369 ss.

⁵³¹ La norma stabilisce che i termini suddetti "include access to vocational training, access to employment and to particular occupations, and terms and conditions of employment".

⁵³² La Raccomandazione n. 151 ribadisce tale principio affermando che "a Member may: (a) make the free choice of employment, while assuring migrant workers the right to geographical mobility, subject to the conditions that the migrant worker has resided lawfully in its territory for the purpose of employment for a prescribed period not exceeding two years or, if its laws or regulations provide for contracts for a fixed term of less than two years, that the worker has completed his first work contract..." (para. 6).

⁵³³ Il paragrafo 6 lett. *c* della Raccomandazione n. 151 precisa che uno Stato può "restrict access to limited categories of employment or functions where this is necessary in the interests of the State".

Tuttavia, occorre tenere conto di alcune eccezioni previste dalla convenzione n. 143.

In primo luogo, merita di essere menzionata la disposizione contenuta nell'art. 8 che riconosce “un trattamento identico a quello dei cittadini nazionali, specie per quanto riguarda le garanzie relative alla sicurezza dell'occupazione, la riqualifica, i lavori di assistenza e di reinserimento” ai lavoratori migranti (residenti legalmente nel paese di occupazione) che abbiano perso il lavoro, ma non per questo ritenuti irregolari.

Inoltre, tale strumento riconosce al lavoratore migrante irregolare o illegalmente occupato, la cui posizione non possa essere regolarizzata, “la parità di trattamento ... con riferimento ai diritti derivanti da un lavoro precedente, per quanto riguarda la retribuzione, la previdenza sociale e altre agevolazioni” (art. 9.1)⁵³⁴, se pur in relazione non tanto ai lavoratori cittadini dello Stato interessato quanto ai lavoratori stranieri regolarmente occupati nello stesso.

3.4 La Convenzione internazionale sui lavoratori migranti e il principio di eguaglianza

La normativa internazionale in materia di lavoro, come abbiamo avuto modo di notare, tende a garantire in generale un equo trattamento tra lavoratori nazionali e migranti attraverso il principio di non-discriminazione. Per quanto riguarda lo strumento adottato nell'ambito delle Nazioni Unite, esso prevede un elenco delle cause di discriminazione piuttosto esaustivo se comparato a quello equivalente contenuto in altri trattati sui diritti umani⁵³⁵, dal momento che gli Stati parti sono tenuti a rispettare gli obblighi in essa contenuti nei confronti di tutti i lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia senza distinzione alcuna, e in particolare di “sex, race, color, language, religion or

⁵³⁴ Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 107.

⁵³⁵ Ricordiamo a titolo esemplificativo l'art. 2.1 del PIDCP secondo cui ciascuno Stato parte “si impegna a rispettare ed a garantire a tutti gli individui ... i diritti riconosciuti nel Patto senza distinzione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la

conviction, political or other opinion, national, ethnic or social origin, nationality, age, economic position, property, marital status, birth or other status” (art. 7)⁵³⁶. Tuttavia, la disposizione non intende equiparare il migrante al cittadino dello Stato di occupazione, bensì mira ad evitare che eventuali trattamenti discriminatori a danno di individui stranieri, possano pregiudicare il godimento e l’esercizio dei diritti previsti nella convenzione⁵³⁷.

La discriminazione contro un lavoratore migrante nel campo dell’occupazione assume diverse forme. Queste includono l’esclusione da alcuni tipi di occupazione o la preferenza di un lavoratore nazionale, la difficoltà di accesso ai corsi di formazione professionale, o ancora, differenze che attengono alle condizioni di lavoro in generale. Nel tentativo di impedire che tali situazioni si verifichino, la convenzione dispone che questi ultimi beneficino di un trattamento non meno favorevole di quello riservato ai lavoratori nazionali in materia di remunerazione, o di altre condizioni di lavoro quali le ore straordinarie, gli orari di lavoro, il riposo settimanale, le ferie retribuite, la sicurezza, la cessazione di impiego, l’età minima di impiego (art. 25.1)⁵³⁸, e che non si può “derogare legalmente, nei contratti di lavoro privati, al principio dell’uguaglianza di trattamento...” (art. 25.2).

Da notare che, contrariamente agli strumenti adottati nell’ambito dell’OIL che riconoscono l’eguaglianza di trattamento tra lavoratori migranti regolari e

religione, l’opinione politica o qualsiasi altra opinione, l’origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione”.

⁵³⁶ Come osservato, l’art. 7 protegge i lavoratori irregolari da forme di discriminazione fondate su alcuni criteri espressamente indicati, tra i quali non compare lo status giuridico di irregolare. Cfr. D. CASSEL, *Equal Labor Rights for Undocumented Migrant Workers*, in A. F. BAYESKY (ed.), *Human rights and refugees, internally displaced persons and migrant workers*, cit., p. 494.

⁵³⁷ Secondo quanto previsto nei lavoratori preparatori, la norma contenuta nell’art. 7 deve essere ben distinta dalla generale previsione dell’art. 1, dal momento che la prima impone un obbligo specifico agli Stati contraenti, ossia rispettare e garantire i diritti contenuti nella Convenzione senza discriminazione, la seconda, nel chiarire la sfera di applicazione del trattato, si rivolge anche alle agenzie private e ai datori di lavoro. *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families*, UN Doc. A/C.3/41/3 del 10 ottobre 1986, para. 106.

⁵³⁸ Il principio del “trattamento nazionale” viene applicato a tutti i lavoratori migranti anche con riferimento alla sicurezza sociale (art. 27); alle cure mediche essenziali (art. 28) e all’istruzione (art. 30).

lavoratori nazionali, la Convenzione in esame introduce tale principio nella parte relativa ai diritti di tutti i lavoratori migranti, siano essi regolari o irregolari (parte terza). La disposizione appena menzionata, infatti, obbliga le parti contraenti ad adottare “... tutte le misure appropriate per provvedere che i lavoratori migranti non siano privati dei diritti che derivano da questo principio in ragione dell’irregolarità della loro situazione in materia di soggiorno o di impiego ...” (art. 25.3)⁵³⁹.

Quanto ai diritti riconosciuti ai soli lavoratori migranti regolari e ai membri delle loro famiglie (parte quarta), gli articoli 43 e 45 dispongono nel senso della parità di trattamento rispetto ai nazionali con riferimento all’accesso ai servizi di orientamento professionale e di collocamento; alle istituzioni di formazione professionale e di riqualificazione; ai servizi sociali e sanitari; alle cooperative ed alle imprese autonome, senza che il loro status di migranti si trovi ad essere modificato; alla vita culturale.

La convenzione assicura, inoltre, l’eguaglianza di trattamento tra lavoratori nazionali e stranieri in relazione: alla protezione contro il licenziamento; alle indennità di disoccupazione; all’accesso a programmi di interesse pubblico destinati a combattere la disoccupazione; all’accesso a un altro impiego in caso di perdita di lavoro o di cessazione di un’altra attività remunerata (art. 54). Occorre notare, tuttavia, che la norma ricalca in parte il contenuto di alcune disposizioni contenute nella parte terza⁵⁴⁰; pertanto, non sembra voglia riconoscere particolari diritti aggiuntivi in materia ai lavoratori migranti regolari.

Infine, il principio del trattamento nazionale trova applicazione anche nei confronti dei lavoratori migranti regolari che intendono svolgere un’attività o una professione autonoma. Questa sembra essere l’interpretazione data all’art.

⁵³⁹ Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 159.

⁵⁴⁰ Ad esempio, l’eguaglianza di trattamento con riferimento alla protezione contro il licenziamento riprende l’espressione contenuta nell’art. 25.1 relativa alla cessazione dell’impiego, così come il riferimento all’indennità di disoccupazione (art. 54.1 lett. b) viene implicitamente coperto dall’art. 27 sulla sicurezza sociale. Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 160.

55⁵⁴¹, il cui contenuto appare nella sostanza riproduttivo della norma prevista all'art. 25. In realtà, dai lavori preparatori viene fuori l'intenzione di far rientrare la tutela di coloro i quali esercitano un'attività in proprio nella *ratio* dell'art. 55, la cui portata risulterebbe così supplementare a quella dell'art. 25 applicabile ai soli lavoratori dipendenti⁵⁴².

3.4.1 Il trattamento riservato ai lavoratori migranti temporanei in materia di lavoro

La Convenzione internazionale sui lavoratori migranti prevede specifiche garanzie in favore di talune categorie di lavoratori migranti temporanei (parte V)⁵⁴³, se pur con alcune limitazioni che attengono evidentemente al tipo di lavoro e alla conseguente durata della loro permanenza nello Stato di impiego.

Anzitutto, occorre precisare che la Convenzione delle Nazioni Unite, riferendosi espressamente ai lavoratori migranti temporanei regolarmente presenti sul territorio, intende garantire loro sicuramente i diritti previsti nella parte III, essendo riconosciuti a tutti indipendentemente dallo *status* giuridico, e, se pur con alcune eccezioni, nella parte IV riservata ai lavoratori migranti regolari (art. 57).

In particolare, lavoratori *frontalieri*, *stagionali*⁵⁴⁴ ed *itineranti* beneficiano “dei diritti previsti nella quarta parte che sono loro applicabili in ragione della

⁵⁴¹ La norma in questione prevede che “i lavoratori migranti cui sia stato dato il permesso di svolgere un'attività remunerata...godano dell'eguaglianza di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato di impiego nell'esercizio di detta attività remunerata”.

⁵⁴² *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families*, UN Doc. A/C.3/43/1 del 20 giugno 1988, para. 176.

⁵⁴³ La sezione riguarda le “*Disposizioni applicabili ad alcune categorie particolari di lavoratori migranti e ai membri della loro famiglia*” (art. 57-63).

⁵⁴⁴ Con riferimento ai lavoratori migranti stagionali impiegati in agricoltura, il Comitato sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e i membri delle loro famiglie ha avuto modo di constatare che in Messico tali soggetti ricevono un trattamento discriminatorio rispetto ai nazionali in termini di condizioni di lavoro (numero di ore di lavoro che eccede il normale, salario non conforme a quanto previsto dalla legge, ecc.), che si traduce in casi di vero e proprio abuso. Doc. CMW/C/MEX/CO/1 del 20 dicembre 2006, paras. 37-38.

loro presenza e del loro lavoro sul territorio dello Stato di impiego...” (rispettivamente artt. 58.1, 59.1, e 60)⁵⁴⁵.

La Convenzione riconosce, inoltre, ai *lavoratori impiegati a titolo di progetto* e ai *lavoratori con impiego specifico* i diritti previsti nella parte IV, ad eccezione delle disposizioni concernenti l’equo trattamento tra lavoratori migranti e nazionali, con riferimento all’accesso ai servizi di orientamento professionale, alle istituzioni di formazione professionale e di riqualificazione, all’alloggio e ai programmi sociali pertinenti, e ancora, le restrizioni al diritto di scegliere liberamente la loro attività remunerata (artt. 61.1 e 62.1). Per quanto riguarda la categoria dei lavoratori impiegati a titolo di progetto, la Convenzione non riconosce alcuna garanzia per quel che concerne: la protezione contro il licenziamento, l’indennità di disoccupazione, l’accesso ai programmi di interesse pubblico destinati a combattere tale fenomeno e l’accesso ad un altro tipo di impiego in caso di perdita di lavoro o di cessazione di un’altra attività remunerata (art. 61.1)⁵⁴⁶.

Infine, la Convenzione introduce una definizione, se pur restrittiva, di *lavoratore autonomo*⁵⁴⁷ che include coloro i quali “earn his or her living

⁵⁴⁵ La Convenzione riconosce, inoltre, ai lavoratori frontalieri il diritto di scegliere un’attività remunerata dopo un dato periodo di tempo, senza che ciò modifichi il loro status (para. 2); al contrario, tende a limitare ai lavoratori stagionali l’esercizio di alcuni diritti in ragione del fatto che risiedono nello Stato di impiego per un periodo di tempo circoscritto (si pensi al diritto alla formazione professionale o al ricongiungimento familiare, garanzie che lo Stato di impiego potrebbe decidere di accordare al lavoratore migrante e ai membri della sua famiglia solo dopo un lungo periodo di residenza). Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 151.

⁵⁴⁶ L’art. 62.1 prevede che i lavoratori con impiego specifico non possano godere di un equo trattamento rispetto ai lavoratori nazionali per quel che concerne l’accesso a un altro impiego in caso di perdita di lavoro o di cessazione di un’altra attività remunerata, al contrario, riconosce loro la parità di trattamento con riferimento alla protezione contro il licenziamento, l’indennità di disoccupazione e l’accesso a programmi di interesse pubblico destinati a combattere la disoccupazione.

⁵⁴⁷ Frutto di un compromesso tra quegli Stati che intendevano escludere del tutto una simile categoria (*Working Group Report* (oct 1983), para. 76 (Marocco) and para. 78 (Netherlands); *Working Group Report* (jun 1985) para. 141 (Germany); *Working Group Report*, UN Doc. A/C.3/44/4 (oct 1989), para. 28 (Germany), para. 29 (Australia), para. 31 (Japan) e quelli che tentavano di includerla nel trattato, evitando, però, il riferimento alle c.d. “highly privileged” categorie di lavoratori migranti autonomi (*Working Group Report* (oct 1983), para. 76, *Working Group Report* (jun 1984), para. 108; *Working Group Report* UN Doc A/C.3/40/6 (oct 1985), paras 17-19 (Argentina, Finland, Greece, India, Italy, Norway, Portugal, Spain and Sweden).

through this activity normally working alone or together with members of his or her family”. Il trattato, tuttavia, non esclude che possa essere definito come autonomo qualunque altro lavoratore migrante in base alla legislazione statale o ad accordi bilaterali o multilaterali (art. 2.2 lett. h)⁵⁴⁸.

Quanto alle garanzie offerte a tali soggetti, essi beneficiano di tutti i diritti previsti nella quarta parte, ad eccezione dei diritti esclusivamente applicabili ai lavoratori aventi un contratto di lavoro (art. 63.1) e l’eventuale cessazione della loro attività economica non implica di per sé il ritiro dell’autorizzazione che viene loro accordata (oltre che ai membri della loro famiglia) di restare nel Paese di impiego o di esercitarvi un’attività remunerata, a meno che tale autorizzazione non dipenda espressamente dalla particolare attività che essi svolgono (art. 63.2).

3.5 L’eguaglianza di trattamento nella normativa adottata in seno al Consiglio d’Europa

Il principio dell’eguaglianza di trattamento permea l’intero contenuto della citata Convenzione europea sullo status dei lavoratori migranti in ragione del fatto che gli Stati firmatari riconoscono che “the legal status of migrant workers...should be regulated so as to ensure that *as far as possible*⁵⁴⁹ they are treated no less favourably than workers who are nationals of the receiving State in all aspects of living and working conditions” (Preambolo).

Per quanto riguarda le norme materiali, tale principio viene in rilievo nonostante il limite imposto dalla natura stessa del trattato, che, come noto, si applica ai soli lavoratori migranti regolari cittadini di Stati membri del Consiglio d’Europa che hanno proceduto alla ratifica. In altre parole, il principio di reciprocità che regola i rapporti tra le parti contraenti non impedisce loro di prevedere l’eguaglianza di trattamento se pur tra lavoratori che risiedono nei rispettivi territori.

⁵⁴⁸ *Working Group Report*, (oct 1989), para. 26.

⁵⁴⁹ Tale espressione, secondo alcuni, implicherebbe l’improbabilità di raggiungere una piena eguaglianza tra lavoratori nazionali e migranti, cfr., R. PLENDER, *International Migration Law*, cit., p. 282.

In particolare, per quanto riguarda la parità di trattamento in materia di occupazione, i lavoratori migranti e i membri delle loro famiglie beneficeranno, dal momento del loro ingresso nello Stato di impiego e alla stessa stregua dei nazionali: dell'assistenza sul posto di lavoro (art. 10); delle medesime garanzie in termini di condizioni di lavoro (art. 16); e di prevenzione dagli incidenti sul lavoro e dalle malattie professionali (art. 20)⁵⁵⁰. Inoltre, la convenzione prevede, per i lavoratori migranti con contratto in scadenza o nei casi in cui si sia proceduto con la rescissione anticipata di un contratto a tempo indeterminato, un trattamento pari a quello accordato ai nazionali in virtù delle disposizioni legislative pertinenti e dei contratti collettivi di lavoro (art. 24.1); nei casi di licenziamento individuale e collettivo, il lavoratore migrante beneficerà del regime applicabile ai nazionali in particolare, per ciò che attiene alla forma e al periodo di preavviso e alle indennità corrisposte in caso di rescissione arbitraria del contratto di lavoro (art. 24.2). Ulteriori garanzie in favore dei lavoratori migranti discendono dalle norme che prevedono il ricorso ai servizi relativi all'impiego (art. 27), l'esercizio del diritto sindacale per la tutela dei propri interessi economici e sociali (art. 28) e la partecipazione all'attività dell'azienda (art. 29).

Infine, la convenzione in esame riconosce un medesimo trattamento tra lavoratori migranti e nazionali con riferimento alle garanzie previste in materia di alloggio nella misura in cui questa sia regolata dalla legge e dai regolamenti interni (art. 13), di accesso all'insegnamento e alla formazione professionale (art. 14), di benefici derivanti dalle norme sulla sicurezza sociale (art. 18)⁵⁵¹ e sull'assistenza sociale e medica (art. 19), nonché di procedimenti giudiziari (art. 26)⁵⁵².

⁵⁵⁰ L'art. 21 della Convenzione in esame prevede, inoltre, che ciascuno Stato contraente provvederà, attraverso l'azione di organismi competenti ed autorizzati, a controllare "le condizioni di lavoro dei lavoratori migranti così come avviene per i nazionali".

⁵⁵¹ La disposizione prevede che tale trattamento sia accordato in conformità alle norme interne ed internazionali vincolanti gli Stati interessati.

⁵⁵² La norma stabilisce che i "lavoratori migranti avranno diritto, alle stesse condizioni dei lavoratori nazionali, alla piena tutela legale e giudiziaria della loro persona e dei loro beni..." (art. 26.1).

Il principio del “trattamento nazionale” trova applicazione nei confronti dei lavoratori migranti anche nell’ambito di un altro strumento adottato in seno al Consiglio d’Europa, la già citata Carta sociale europea (riveduta)⁵⁵³. Quest’ultima, come noto, prevede una serie di garanzie di natura economica, sociale e culturale in favore dei cittadini di una delle Parti contraenti, in parte applicabili anche ai lavoratori migranti regolarmente presenti nel territorio dello Stato di impiego (art. 19)⁵⁵⁴.

In particolare, è opportuno segnalare con riferimento al principio dell’eguaglianza di trattamento la disposizione secondo cui gli Stati contraenti si impegnano ad assicurare ai lavoratori migranti la medesima tutela accordata ai nazionali in termini di remunerazione ed altre condizioni di impiego e di lavoro, di partecipazione a sindacati⁵⁵⁵ e a forme di contrattazione collettiva, nonché di alloggio, nella misura in cui tali materie siano regolate dalla legge e siano soggette al controllo delle autorità amministrative (art. 19.4)⁵⁵⁶.

A dispetto degli obblighi imposti dalla Carta in termini di accettazione da parte degli Stati contraenti di un numero minimo di articoli (c.d. “hard core”)⁵⁵⁷, il principio sotteso all’art. 19.4 non può essere soggetto al limite

⁵⁵³ V. *supra*, cap. II para. II-2.1.

⁵⁵⁴ Anche in questo caso, si tratta di una sfera di applicazione limitata e soggetta al principio della reciprocità dal momento che tali soggetti devono necessariamente essere cittadini di una delle Parti contraenti il trattato.

⁵⁵⁵ Il Comitato di esperti ha ritenuto che eventuali restrizioni all’esercizio di funzioni manageriali ed amministrative nei sindacati da parte di lavoratori immigrati siano da considerarsi come violazioni dell’art. 19.4. Sul punto, cfr., D. HARRIS, J. DARCY, *The European Social Charter*, cit., p. 222. Si v. pure per una ricostruzione della prassi del Comitato di esperti in materia di diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, P. BOUCAUD, *Migrant workers and their families: protection within the European social charter: study compiled on the basis of the case law of the Committee of Independent experts*, Consiglio d’Europa, 1996.

⁵⁵⁶ La Carta prevede, inoltre, che il “trattamento nazionale” si applichi “... with regard to employment taxes, dues or contributions payable in respect of employed persons” (para. 5), e “... in respect of legal proceedings relating to matters referred to in this article” (para. 7).

⁵⁵⁷ Ricordiamo che, il testo riveduto del 1996 prevede che per diventare Parte contraente, uno Stato deve accettare 6 dei 9 articoli che costituiscono il c.d. “nocciolo duro” (art. A.1 lett. b). Quest’ultimi comprendono: l’art. 1 (diritto al lavoro), l’art. 5 (diritto di associazione), l’art. 6 (diritto di negoziazione collettiva), l’art. 7 (diritto dei bambini e degli adolescenti ad una tutela) l’art. 12 (diritto alla sicurezza sociale), l’art. 13 (diritto all’assistenza sociale e medica), l’art. 16 (diritto della famiglia ad una tutela sociale, giuridica ed economica), l’art. 19 (diritto dei lavoratori migranti e delle loro famiglie alla protezione ed all’assistenza) e l’art. 20 (diritto

della reciprocità, in quanto si applica ai cittadini di tutte le altre Parti contraenti indipendentemente dal fatto se questi abbiano o meno accettato la disposizione in esame⁵⁵⁸.

È stato osservato che il contenuto della norma in esame pare ricalcare in parte quello della disposizione prevista all'art. 6.1 lett. *a* della convenzione OIL n. 97, presentando altresì le medesime lacune⁵⁵⁹. In primo luogo, l'art. 19.4 prevede prevalentemente garanzie che attengono alla sfera lavorativa (ad eccezione dell'alloggio⁵⁶⁰), omettendo qualunque riferimento alla condizione sociale dei lavoratori migranti, e dunque, ad esempio, agli aspetti relativi alla cultura, alla sicurezza sociale e all'educazione. In secondo luogo, la norma impone agli Stati contraenti di assicurare un eguale trattamento tra lavoratori migranti e nazionali con riferimento a quelle materia che sono disciplinate dalla legislazione o che sono soggette al controllo delle autorità amministrative, limitando così la portata del principio stesso. Infine, nulla viene previsto in merito alla necessità di predisporre "azioni positive" volte ad assicurare l'eguaglianza in concreto. Analogamente a quanto osservato con riferimento all'art. 10 della convenzione OIL n. 143, appare necessario non solo il riconoscimento formalmente di tale principio, ma soprattutto la sua effettiva e sostanziale attuazione attraverso la predisposizione di meccanismi interni *ad hoc*.

Un'ultima considerazione che sembra avvicinare la norma contenuta nella Carta alla disciplina prevista dall'art. 6 della convenzione OIL n. 97, attiene al mancato riferimento alle condizioni di accesso all'occupazione. L'art. 19, infatti, nulla dispone in merito alle fasi precedenti all'ottenimento di un impiego, riferendosi esclusivamente alle garanzie previste in favore dei

alla parità di opportunità e di trattamento in materia di lavoro e di professione senza discriminazioni basate sul sesso).

⁵⁵⁸ Cfr., D. HARRIS, J. DARCY, *The European Social Charter*, cit., p. 221.

⁵⁵⁹ Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 281.

⁵⁶⁰ Cfr., D. HARRIS, J. DARCY, *The European Social Charter*, cit., p. 223.

lavoratori già occupati in uno degli Stati contraenti⁵⁶¹. Tuttavia, il Comitato di esperti ha voluto interpretare estensivamente l'espressione "employment and working conditions", includendo anche le fasi di accesso alla formazione professionale e alla promozione⁵⁶².

3.6 Il diritto al lavoro come diritto fondamentale. La libera scelta di un'occupazione

L'ormai consolidato convincimento che il diritto al lavoro costituisca un diritto fondamentale di *ogni* essere umano⁵⁶³ discende dal fatto che tale diritto, come è stato osservato, "is essential for realizing other human rights and forms an inseparable and inherent part of human dignity"⁵⁶⁴. La sua progressiva realizzazione⁵⁶⁵, che trova origine nell'esigenza di consentire il raggiungimento del medesimo risultato a Paesi che presentano diversi livelli di sviluppo socio-economico, mira ad assicurare un standard di vita adeguato e necessario al pieno sviluppo psico-fisico di ciascun individuo.

Riconosciuto in una serie di strumenti universali⁵⁶⁶ e regionali⁵⁶⁷, il diritto al lavoro si configura come diritto individuale e, al tempo stesso, collettivo, dal

⁵⁶¹ La *Carta* disciplina tale aspetto all'art. 18, in cui si legge: "with a view to ensuring the effective exercise of the right to engage in a gainful occupation in the territory of any other Party, the Parties undertake: ... to liberalise, individually or collectively, regulations governing the employment of foreign workers (para. 3).

⁵⁶² Sulla prassi del Comitato di esperti, cfr., D. HARRIS, J. DARCY, *The European Social Charter*, cit., p. 222 e R. PLENDER, *International Migration Law*, cit., p. 246.

⁵⁶³ Si v. in particolare la citata *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne* (1979) in cui il diritto al lavoro viene definito come diritto inalienabile di ogni essere umano (art. 11.1 lett. a).

⁵⁶⁴ CESCR, *General Comment N. 18, The right to work*, 24 novembre 2005, in Doc. E/C.12/GC/18 del 6 febbraio 2006, para. 1.

⁵⁶⁵ Sul concetto di "progressiva realizzazione" v. *supra* cap. II, para. I-2.1.1c. Il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali ha ribadito che "the principal obligation of States parties is to ensure the progressive realization of the exercise of the right to work", *General Comment N. 18*, cit., para. 19.

⁵⁶⁶ Il diritto al lavoro viene riconosciuto nella Dichiarazione universale (art. 23.1), nel Patto sui diritti civili e politici (art. 8.3), nel Patto sui diritti economici, sociali e culturali (art. 6), nella Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (art. 5, para. (e) (i)), Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (art. 11.1 lett. a), nella Convenzione sui diritti del fanciullo (art. 32), e indirettamente nella Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (artt. 11, 25, 26, 40, 52, 54).

momento che la sua portata include sia la dimensione personale (il diritto di scegliere liberamente un'attività lavorativa e di godere di giuste e favorevoli condizioni di lavoro) che quella di gruppo (il diritto di costituire con altri dei sindacati o semplicemente di aderirvi)⁵⁶⁸.

Sulla scorta del contenuto dell'art. 6 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali⁵⁶⁹, un aspetto che merita di essere approfondito con riferimento alla categoria dei lavoratori migranti riguarda l'obbligo da parte degli Stati contraenti di assicurare ad ogni individuo il diritto ad un lavoro *liberamente scelto ed accettato*, dal momento che per tali soggetti particolarmente vulnerabili rispetto ad abusi e violenze, il godimento di un simile diritto rimane a tutt'oggi una prospettiva remota e spesso irraggiungibile. Questo accade specie in ragione del fatto che ai lavoratori migranti viene spesso negata la possibilità non solo di scegliere, ma soprattutto di esercitare *liberamente* un'attività lavorativa, poiché sottoposti a forme sempre più evidenti di lavoro forzato⁵⁷⁰ (configurabili, in alcuni casi, come schiavitù). Non meno importante, a questo riguardo, appare la necessità di impedire che tali individui possano essere privati ingiustamente del diritto al lavoro.

Di recente, il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, ribadendo l'obbligo per ciascuno Stato contraente di *rispettare* il diritto al lavoro astenendosi dall'interferire direttamente o indirettamente nel godimento di esso⁵⁷¹, ha inoltre ribadito la necessità di proibire qualsiasi forma di lavoro

⁵⁶⁷ In particolare, la Carta sociale europea (art. 1), la Carta africana sui diritti umani e dei popoli (art. 15) e il Protocollo alla Convenzione americana sui diritti umani nell'area dei diritti economici, sociali e culturali (art. 6).

⁵⁶⁸ CESCR, *General Comment N. 18*, cit., para. 2.

⁵⁶⁹ La norma prevede che gli Stati contraenti riconoscano "il diritto al lavoro, che implica il diritto di ogni individuo di ottenere la possibilità di guadagnarsi la vita con un lavoro liberamente scelto od accettato..." (art. 6.1). In argomento, v. M. CRAVEN, *The International Covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, cit., p. 217 ss.

⁵⁷⁰ Secondo alcuni il concetto di lavoro forzato ha rappresentato un limite al pieno godimento del diritto alla libera scelta di un'occupazione, cfr., R. LEWIS SIEGEL, *The right to work: core minimum obligations*, in A. CHAPMAN, S. RUSSELL (eds.), *Core obligations*, cit., p. 40 ss.

⁵⁷¹ Nel documento, il Comitato definisce chiaramente la natura degli obblighi incombenti sugli Stati contraenti in relazione al diritto al lavoro ed individua in quali casi comportamenti attivi od omissivi potrebbero configurarsi come una violazione degli obblighi derivanti dal

forzato od obbligatorio⁵⁷² e di consentire l'equo accesso ad un lavoro dignitoso a tutti gli individui, compresi i lavoratori migranti⁵⁷³.

A riguardo, si pone dunque un duplice problema: da un lato, quello di individuare il livello di protezione che gli strumenti internazionali offrono in relazione al divieto di lavoro forzato tenendo conto della particolare natura giuridica della norma in questione; dall'altro, quello di analizzare la portata di tale divieto alla luce del sistema di tutela in favore dei lavoratori migranti.

3.6.1 Il divieto di lavoro forzato nella normativa e nella prassi dell'Organizzazione internazionale del lavoro

Non vi è alcun dubbio sulla natura consuetudinaria della norma che vieta il lavoro forzato⁵⁷⁴, specie nei casi in cui assume i tratti distintivi di una vera e

Patto. In particolare, il Comitato afferma che “like all human rights, the right to work impose three types or levels of obligations on State parties: the obligation to *respect*, *protect* and *fulfill*. The obligation to *respect* the right to work require State parties to refrain from interfering directly or indirectly with the enjoyment of that right. The obligation to *protect* requires State parties to take measures that prevent third parties from interfering with enjoyment of the right to work. The obligation to *fulfill* includes the obligations to provide, facilitate and promote that right. It implies that States parties should adopt appropriate legislative, administrative, budgetary, judicial and other measures to ensure its full realization”, *General Comment n. 18*, cit., para. 22. Inoltre, il Comitato individua eventuali violazioni del diritto al lavoro poste in essere da comportamenti omissivi (“...when State parties do not regulate the activities of individuals or groups to prevent them from impeding the right of others to work”) o commissivi (“forced labour, the formal repeal or suspension of legislation necessary for continued enjoyment of the right to work, denial of access to work to particular individuals or group..., the adoption of legislation or policies which are manifestly incompatible with international obligations in relation to the right to work”) (para. 32). Sul contenuto degli obblighi incombenti sugli Stati in relazione ai diritti economici, sociali e culturali, v. *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, in *HRQ*, 20, 1998, p. 691 in cui si afferma che gli Stati contraenti hanno l'obbligo di rispettare (“refrain from interfering with the enjoyment of the rights”), proteggere (“prevent violations of the rights by third parties”) e realizzare (“take appropriate legislative, administrative, budgetary, judicial, and other measures towards the full realisation of the rights”) i diritti contenuti nel PIDESC. In dottrina, v. M. CRAVEN, *The International Covenant on economic, social and cultural rights* cit., p. 109.

⁵⁷² È stato osservato che dall'art. 6 PIDESC (diritto al lavoro) discendono due tipologie di obblighi: la norma imporrebbe sia “obblighi di risultato” in quanto “requires steps to be taken towards the achievement of full employment”; sia “obblighi di condotta” in quanto proibisce ad es. il lavoro forzato. Cfr. M. CRAVEN, *The International Covenant on economic, social and cultural rights* cit., p. 108.

⁵⁷³ CESCR, *General Comment n. 18*, cit., para. 23.

⁵⁷⁴ In argomento, cfr., S. SANNA, *Diritti dei lavoratori e disciplina del commercio nel diritto internazionale*, cit., p. 112 e V. A. LEARY, *The paradox of workers' rights as human rights*, cit., p. 38.

propria pratica di schiavitù⁵⁷⁵. Tale divieto, che mira alla salvaguardia dell'integrità fisica di ciascun essere umano, costituisce una delle norme fondamentali su cui si fonda l'intero sistema di protezione internazionale dei diritti umani. Inserito, infatti, nei principali strumenti in materia⁵⁷⁶, il divieto di lavoro forzato ha assunto negli anni un'importanza tale da indurre la Comunità internazionale ad annoverarlo tra le norme imperative di diritto internazionale generale⁵⁷⁷.

A riguardo, rilevanza assume l'attività dell'OIL, la cui prassi⁵⁷⁸ ha contribuito a consolidare l'*opinio juris* sul carattere imperativo della norma in

⁵⁷⁵ Con il termine "schiavitù" si intende "état ou condition d'un individu sur le quel s'exercent les attributs du droit de propriété ou de certains d'entre eux" (art. 1 della Convenzione sulla schiavitù adottata nel 1926 nell'ambito della Società delle Nazioni (in *R.T.S.D.N.*, vol. 60, p. 253) ed emendata dal Protocollo del 1953 (in *R.T.N.U.*, vol. 212, p. 17), e art. 7 della Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, della tratta di schiavi e delle istituzioni e pratiche simili alla schiavitù del 1956 (in *R.T.N.U.*, vol. 266, p. 3). In generale, v. M. R. SAULLE, voce *Schiavitù* (*dir. internaz.*), in *Enc. dir.*, vol. XLI, 1989, p. 641 ss. e sulla natura consuetudinaria del divieto di riduzione in schiavitù, v. C. RIJKEN, *Trafficking in persons. Prosecution from a European Perspective*, The Hague, 2003, p. 74 ss.; A. Y. RASSAM, *Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Traded Under Customary International Law*, in *Va. J. Int'l L.*, 39, 1999, pp. 303-352; F. LENZERINI, *Suppressing Slavery Under Customary International Law*, in *IYIL*, vol. X, 2000, pp. 145-180.

⁵⁷⁶ Il divieto di lavoro forzato viene riconosciuto nella Dichiarazione universale (art. 4), nel Patto sui diritti civili e politici (art. 8), nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo (art. 4), la Carta sociale europea (art. 12), la Carta africana sui diritti umani e dei popoli (art. 5) e la Convenzione americana sui diritti umani (art. 6)

⁵⁷⁷ Sul punto, v. C. DI TURI, *Globalizzazione dell'economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro*, cit., pp. 106-107. Il carattere imperativo delle norme che vietano il lavoro forzato è stato, inoltre, ribadito dalla la Commissione di inchiesta incaricata di esaminare, sulla base di un ricorso presentato ai sensi dell'art. 26 della Costituzione OIL da alcuni delegati dei lavoratori in occasione della 83ª sessione della Conferenza (1996), la situazione presente nello Stato di Myanmar in relazione al presunto e sistematico ricorso a pratiche di lavoro forzato al suo interno in violazione della Convenzione n. 29. L'organo di controllo dell'OIL ha, infatti, precisato che "there exists now in international law a peremptory norm prohibiting any recourse to forced labour and the right not to be compelled to perform forced or compulsory labour is one of the basic human rights...". Con riferimento al concetto di progressiva attuazione dell'obbligo di proibire il lavoro forzato, la Commissione d'inchiesta ha chiarito che "a number of forms of forced or compulsory labour were to be suppressed immediately, regardless of any period of transition". ILO, *Forced labour in Myanmar (Burma)* in *Official Bulletin* vol. LXXXI, 1998, series B, spec. suppl. Per un approfondimento sul caso Myanmar, v. C. DI TURI, *L'Organizzazione internazionale del lavoro e l'Unione di Myanmar (ex Birmania): un rapporto difficile*, in *DCSI*, 3/2005, pp. 603-610.

⁵⁷⁸ A titolo esemplificativo, i *Global Reports Voice at work* del 2000 su <http://www.ilo.org/voice@work>, e *A global alliance against forced labour* (Report I(B), ILC, 93ª session, Geneva, 2005, nonché il *General Survey Eradication of forced labour* presentato dalla Commissione degli esperti per l'applicazione delle convenzioni e delle raccomandazioni,

esame, non solo attraverso l'adozione di una specifica normativa essa stessa considerata appartenente al diritto internazionale generale, ma soprattutto mediante un'attività sempre più indirizzata verso l'eliminazione di qualunque forma di lavoro forzato.

Come abbiamo avuto modo di notare nel capitolo precedente, esiste nell'ambito dell'OIL un *corpus* di norme fondamentali in materia di lavoro di natura consuetudinaria (c.d. *core labour standards*). Tra queste, particolare rilevanza riveste il divieto di lavoro forzato, che trova collocazione in due specifiche convenzioni: la n. 29/1930 e la n. 105/1957⁵⁷⁹.

Tra gli obblighi fondamentali derivanti dalla convenzione n. 29, assume particolare importanza quello di reprimere qualunque forma di lavoro forzato od obbligatorio nel più breve tempo possibile (art. 1)⁵⁸⁰. Con tale espressione, si vuole intendere "ogni lavoro o prestazione richiesta ad un individuo sotto minaccia di punizione e per la quale il lavoratore non si è offerto spontaneamente" (art. 2.1)⁵⁸¹.

Per quanto riguarda la convenzione n. 105, essa proibisce il ricorso ad ogni forma di lavoro forzato od obbligatorio come mezzo di coercizione o rieducazione politica, di punizione per l'espressione di opinioni politiche o ideologiche, di mobilitazione della manodopera per la promozione dello sviluppo socio-economico, di disciplina nei rapporti di lavoro, di punizione per la partecipazione ad uno sciopero o di discriminazione razziale, sociale,

concernente l'applicazione delle Convenzioni n. 29 sul lavoro forzato e n. 105 sull'abolizione del lavoro forzato e discusso in occasione della 96esima sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro, 2007 (*Report III-Part 1B*).

⁵⁷⁹ In argomento, v. C. DI TURI, *Globalizzazione dell'economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro*, cit., pp. 98-100.

⁵⁸⁰ L'art. 1 dispone che: "each Member of the International Labour Organisation which ratifies this Convention undertakes to suppress the use of forced or compulsory labour in all its forms within the shortest possible period".

⁵⁸¹ Esistono, però, delle fattispecie escluse dal campo di applicazione della convenzione, come, ad esempio, il servizio militare obbligatorio; il lavoro svolto in stato di detenzione sotto un'adeguata supervisione; le emergenze in casi di guerra, carestia o calamità naturali; nonché i servizi minori comuni svolti per il bene della collettività e la cui determinazione dipende dalla preventiva consultazione dei lavoratori interessati o dei loro rappresentanti (art. 2.2). Ricordiamo che anche l'art. 8.3 lett. c del Patto internazionale sui diritti civili e politici e l'art. 4.3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevedono simili eccezioni.

nazionale o religiosa (art. 1)⁵⁸². Ne deriva, ai fini della nostra trattazione, che il ricorso a pratiche di lavoro forzato come mezzo di discriminazione fondata sulla nazionalità nei confronti di soggetti migranti costituisce una grave violazione di norme imperative di diritto internazionale⁵⁸³.

Benché gli strumenti adottati dall'OIL in materia di migrazioni economiche non facciano esplicito riferimento al divieto di lavoro forzato, vi sono alcune previsioni che, a nostro avviso, potrebbero essere interpretate nel senso di proibire qualunque forma di coercizione nei confronti dei lavoratori migranti che intendano svolgere un'attività lavorativa in uno Stato diverso da quello di appartenenza. In particolare, per quanto riguarda la convenzione n. 97 le disposizioni che impongono agli Stati contraenti l'obbligo di prestare assistenza a tali soggetti fornendo loro adeguate informazioni in merito all'intero processo migratorio, andrebbero lette alla luce del più generale obbligo di prevenire fenomeni di sfruttamento economico. Analogamente la convenzione n. 143, pur non prevedendo espressamente il divieto di lavoro forzato, intende impedire tale fenomeno imponendo alle Parti contraenti l'obbligo di adottare tutte le misure necessarie "...to suppress clandestine movement of migrants for employment and illegal employment of migrants" (art.

⁵⁸² In tal senso, l'art. 1 "each Member of the International Labour Organisation which ratifies this Convention undertakes to suppress and not to make use of any form of forced or compulsory labour:(a) as a means of political coercion or education or as a punishment for holding or expressing political views or views ideologically opposed to the established political, social or economic system; (b) as a method of mobilising and using labour for purposes of economic development; (c) as a means of labour discipline; (d) as a punishment for having participated in strikes; (e) as a means of racial, social, national or religious discrimination". L'art. 2 prevede "each Member of the International Labour Organisation which ratifies this Convention undertakes to take effective measures to secure the immediate and complete abolition of forced or compulsory labour as specified in Article 1 of this Convention".

⁵⁸³ Sul piano della responsabilità internazionale, si pone la questione di individuare i diritti e le facoltà di cui dispongono gli Stati aventi titolo per invocare la responsabilità internazionale di uno Stato derivante dalla grave violazione di un obbligo posto da norme imperative di diritto internazionale (ad es. quelle che vietano il lavoro forzato). L'art. 40.2 del Progetto stabilisce che "a breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfill the obligation". Le violazioni gravi di norme cogenti sui diritti dei lavoratori comportano, dunque, il sorgere di un regime di responsabilità c.d. "aggravata", che prevede particolari obblighi di "solidarietà" per gli Stati terzi; l'art. 41.1, in particolare, prevede un obbligo di cooperazione interstatuale per porre fine con mezzi leciti alla grave violazione.

3 lett. a) e “...to prosecute the authors of manpower trafficking, from whichever country these activities take place (art. 5).

In conclusione, l’assenza di un chiaro riferimento normativo rende evidente la necessità di predisporre meccanismi di tutela sempre più efficaci in favore di quei soggetti migranti che vengono sistematicamente privati della libertà di scegliere ed esercitare liberamente il diritto al lavoro.

3.6.2 La Convenzione ONU sui lavoratori migranti e la libera scelta di un’occupazione

Come è stato autorevolmente sostenuto, il diritto al lavoro dovrebbe essere riconosciuto ad ogni individuo e il principio di non-discriminazione dovrebbe trovare applicazione anche con riferimento alle opportunità di impiego per i lavoratori migranti⁵⁸⁴, è interessante notare come la Convenzione internazionale del 1990 riconosca esclusivamente ai lavoratori migranti *regolari* il diritto di scegliere liberamente la loro attività remunerata nello Stato di destinazione (art. 52)⁵⁸⁵. Inoltre, la norma prevede talune restrizioni al godimento di tale diritto, dal momento che ciascuno Stato di impiego può limitare: “l’accesso a determinate categorie di impiego, funzioni, servizi o attività qualora sia necessario nell’interesse dello Stato e sia previsto dalla legislazione nazionale”; nonché “la libera scelta di un’attività remunerata conformemente alla propria legislazione relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali acquisite al di fuori del proprio territorio” (art. 52.2)⁵⁸⁶. Benché la Convenzione non stabilisca nulla di preciso a riguardo, la

⁵⁸⁴ Cfr. il *General Comment n. 18* del Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, “the principle of non-discrimination as set out in article 2.2 of the Covenant and in article 7 of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families should apply in relation to employment opportunities for migrant workers and their families” (para. 18).

⁵⁸⁵ Tale previsione ancora una volta testimonia l’esigenza di preservare la sovranità territoriale dello Stato parte chiamato ad applicare tale norma nei confronti dei lavoratori migranti. Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 161.

⁵⁸⁶ La Convenzione in esame prevede, inoltre, che per i lavoratori emigranti il cui permesso di lavoro è limitato nel tempo, “lo Stato di destinazione può anche: a) subordinare l’esercizio del diritto di scegliere liberamente la propria attività remunerata alla condizione che il lavoratore emigrante abbia risieduto legalmente nel suo territorio al fine di svolgere

facoltà di imporre delle restrizioni al libertà di scegliere un'occupazione andrebbe riconosciuta a tutti gli Stati in virtù del principio di sovranità territoriale solo nella misura in cui tale limitazione fosse giustificata da ragioni di sicurezza nazionale e di salute e morale pubbliche⁵⁸⁷. Ne consegue che eventuali restrizioni al diritto di scegliere liberamente la propria occupazione fondate su ragioni non ravvisabili in quelle appena menzionate, costituirebbero una chiara violazione delle norme internazionali sui diritti umani.

In particolare, queste ultime considerazioni richiamano la questione relativa al divieto di ricorrere a qualunque forma di lavoro forzato od obbligatorio come norma fondamentale a tutela della dignità umana. La Convenzione internazionale sui lavoratori migranti, richiamando nel preambolo la normativa pertinente adottata nell'ambito dell'OIL⁵⁸⁸, contempla nella parte III relativa ai diritti umani fondamentali di tutti i lavoratori migranti il divieto di qualunque forma di costrizione che potrebbe impedire il rispetto della dignità umana ed il pieno godimento del diritto al lavoro.

In linea con quanto previsto nei principali strumenti internazionali sui diritti umani, essa infatti stabilisce che nessun lavoratore migrante (o membro della sua famiglia) deve essere sottoposto a schiavitù o servitù, né costretto a svolgere un lavoro forzato od obbligatorio (art. 11 paras. 1 e 2); fatta eccezione per i casi in cui la legislazione dello Stato di destinazione preveda la punizione di determinati crimini con la detenzione accompagnata a lavoro forzato (para. 3).

un'attività remunerata per un periodo di tempo prescritto nella sua legislazione nazionale, che non dovrebbe eccedere i due anni; b) limitare l'accesso dei lavoratori emigranti ad attività remunerate a titolo di una politica volta a dare priorità ai cittadini nazionali o a persone che sono loro assimilabili in virtù della legislazione o di accordi bilaterali o multilaterali. Ognuna di tali limitazioni deve cessare di essere applicabile per lavoratori emigranti che abbiano risieduto legalmente nel suo territorio al fine di svolgere un'attività remunerata per un periodo di tempo prescritto nella sua legislazione nazionale, che non dovrebbe eccedere i cinque anni" (art. 52.3).

⁵⁸⁷ Cfr., C. TIBURCIO, *The human rights of alien under international and comparative law*, cit., p. 151.

⁵⁸⁸ Nel preambolo si legge: "tenendo conto anche dei principi e delle norme espressi nei documenti attinenti elaborati nell'ambito dell'Organizzazione internazionale del lavoro, specialmente le ... Convenzioni relative al lavoro forzato (n. 29) e all'abolizione del lavoro forzato (n. 105)".

Inoltre, la norma prevede che non debbano intendersi come pratiche di “lavoro forzato od obbligatorio” quei servizi, non contemplati al paragrafo 3, ma ufficialmente richiesti ad una persona in stato detentivo come conseguenza di una sentenza legalmente emessa da un tribunale, o ad una persona in libertà condizionata; in casi di emergenza che minaccino la sicurezza della comunità; e infine, che facciano parte dei normali obblighi civili, nella misura in cui vengano sottoposti anche ai cittadini dello Stato interessato (para. 4).

3.6.3 I limiti imposti alla libertà di accesso all'occupazione dalla normativa del Consiglio d'Europa

La citata Convenzione europea sullo status di lavoratore migrante non prevede espressamente il diritto di poter accedere ad un impiego liberamente scelto, ma si limita a garantire al lavoratore migrante regolare il diritto di accesso al territorio di una delle Parti contraenti per svolgervi un lavoro retribuito (art. 4.1). L'esercizio di tale diritto, tuttavia, non solo appare condizionato al possesso di un'autorizzazione da parte del lavoratore, ma soprattutto lo Stato di impiego potrà decidere di limitarne il godimento qualora ciò risultasse necessario alla sicurezza dello Stato, all'ordine pubblico, alla salute pubblica o al buon costume (para. 2). A ben vedere, la *ratio* della norma mira a salvaguardare la sovranità statale a scapito del riconoscimento *tout court* del diritto in questione. Si tratta, tuttavia, di un orientamento che ha ispirato il contenuto di altre norme. In particolare, rilevano le disposizioni concernenti l'obbligo per lo Stato parte, che ammette nel proprio territorio un lavoratore migrante per svolgere un'attività remunerata, di rilasciare un permesso di lavoro (art. 8.1) e di facilitare il suo reinserimento qualora abbia perso il lavoro per ragioni indipendenti dalla propria volontà (art. 25); così come l'obbligo per il lavoratore di possedere un regolare contratto di lavoro o un'offerta precisa prima della sua partenza per lo Stato di destinazione (art. 5).

Tali previsioni, tuttavia, non impongono allo Stato parte l'obbligo di garantire l'accesso all'occupazione ai lavoratori migranti alle medesime condizioni dei nazionali⁵⁸⁹.

Al contrario, la citata Carta sociale europea accanto al più generale riconoscimento del diritto al lavoro, individua una specifica tutela in favore dei lavoratori migranti.

La Carta, infatti, garantisce il diritto al lavoro non solo imponendo a ciascuno Stato contraente di realizzare al proprio interno una piena occupazione⁵⁹⁰, ma soprattutto consentendo a tutti i lavoratori di svolgere un'attività liberamente scelta ed accettata (art. 1.2) proibendo qualsiasi forma di *lavoro forzato* e di *discriminazione* in materia di occupazione.

A questo proposito, il Comitato di esperti indipendenti ha affermato che “qualunque tipo di coercizione che imponga ad un lavoratore di effettuare un lavoro contro la propria volontà, senza dunque aver espresso il libero consenso, è contraria alla Carta”, ed inoltre, occorre “proibire che ad un lavoratore venga imposto di effettuare un lavoro liberamente scelto in precedenza, ma che egli abbia successivamente deciso di non svolgere più”⁵⁹¹.

Con riferimento alla categoria dei lavoratori migranti, la Carta stabilisce che ciascuna parte contraente dovrà riconoscere ai propri cittadini il diritto di

⁵⁸⁹ Cfr., R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 299. Precise restrizioni al diritto degli stranieri di accedere ad un'occupazione discendono dall'art. 13 della citata Convenzione europea di stabilimento, secondo cui uno Stato parte “reserve for its own nationals the exercise of public functions or of occupations connected with national security or defence or make the exercise of these occupations by aliens subject to special conditions”; o ancora, con riferimento ad ulteriori occupazioni (art. 14) o al possesso di determinate qualifiche professionali (art. 15). Tuttavia, non mancano nella Convenzione previsioni che tendono a tutelare almeno in parte i lavoratori migranti. In particolare, l'art. 11 previene l'imposizione di ulteriori restrizioni “upon migrant workers after they have taken up employment in the host country unless such restriction are applied to nationals in similar circumstances”; e stabilisce che “any restrictions on access to employment are to be lifted after 5 years of employment, or after 10 years of residence in that country, or if permanent residence has been acquired” (art. 12.1).

⁵⁹⁰ Così l'art. 1.1: “Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto al lavoro, le Parti contraenti si impegnano: a riconoscere come uno dei loro principali obiettivi e responsabilità la realizzazione ed il mantenimento di un livello di occupazione più elevato e più stabile possibile, per la realizzazione della piena occupazione”.

⁵⁹¹ *Conclusions III*, 5, citate in D. HARRIS, J. DARCY, *The European Social Charter*, cit., p. 44.

lasciare il Paese “to engage in a gainful occupation in the territories of other Contracting Parties” (art. 18.4). È evidente che la norma, applicandosi ai soli lavoratori migranti cittadini di un’altra Parte contraente, rinvia al principio di reciprocità su cui si fonda l’intero trattato. Il Comitato di esperti indipendenti ha definito l’art. 18 come una previsione “dinamica”, che imporrebbe alle Parti un obbligo di *progressivo* miglioramento della situazione dei lavoratori migranti in relazione alle condizioni di occupazione⁵⁹². Tuttavia, l’organo di controllo ha voluto interpretare la norma in questione anche alla luce del paragrafo 18 contenuto nella Parte introduttiva della Carta, secondo cui il diritto dei cittadini di uno Stato parte di essere impiegati in un’occupazione remunerativa nel territorio di un’altra Parte contraente su un piano di parità rispetto ai nazionali, è soggetto a restrizioni basate “on cogent economic or social reasons”⁵⁹³. Benché non vi sia accordo sull’interpretazione da dare ad una simile espressione, il Comitato ritiene legittime le restrizioni imposte in caso di recessione economica, pur ammettendo la necessità di accordare una speciale protezione ai lavoratori migranti che più di altri subiscono gli effetti negativi di tale fenomeno⁵⁹⁴.

3.7 La disciplina internazionale della libertà di associazione e dei diritti sindacali

3.7.1 La natura e la portata del diritto alla libertà sindacale

Tra i principali strumenti normativi internazionali sui diritti umani che riconoscono il diritto alla libertà di associazione sindacale⁵⁹⁵, occupa un posto

⁵⁹² *Conclusions II*, 59, citate in R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 295.

⁵⁹³ *Conclusions II*, 60, *ivi*, p. 295.

⁵⁹⁴ *Conclusions IV*, 107, *ivi*, p. 295.

⁵⁹⁵ In ambito globale: la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo (art. 23.4), la Patto sui diritti civili e politici (art. 22.1), il Patto sui diritti economici, sociali e culturali (art. 8.1 lett. a), la Convenzione sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (art. 5, para. (e) (ii)), e la Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (artt. 26.1 e 40.1). In ambito regionale, la Convenzione europea per i diritti dell’uomo (art. 11.1), la Carta sociale europea (artt. 5 e 6), e il Protocollo alla Convenzione americana sui diritti umani nell’area dei diritti economici, sociali e culturali (art. 8.1). In sintesi sulle norme internazionali che riconoscono il diritto alla libertà di associazione, v. C. DI TURI, *Globalizzazione dell’economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro*,

di rilievo il PIDESC, il cui art. 8.1 sancisce “il diritto di ogni individuo di costituire con altri dei sindacati e di aderirvi liberamente...al fine di promuovere e tutelare i propri interessi economici” (lett. a)⁵⁹⁶. Benché la norma ne attribuisca la titolarità al singolo individuo, si tratta pur sempre di un diritto che può e deve essere esercitato collettivamente, dal momento che è nell’ambito della stessa organizzazione sindacale che la realizzazione di tale diritto trova la sua ragion d’essere.

Non vi è alcuno dubbio che si tratti di un diritto fondamentale, anche se non può essere definito “assoluto”; difatti, taluni strumenti internazionali consentono agli Stati contraenti di imporre eventuali restrizioni purché siano stabilite dalla legge e siano necessarie, in una società democratica, nell’interesse della sicurezza nazionale e dell’ordine pubblico o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui⁵⁹⁷.

cit., pp. 96-98. In generale sulla libertà di associazione, v. G. E. VIGEVANI, *Associazione (libertà di)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. I, cit., pp. 472-481; P. RIDOLA, *Associazione, I) Libertà di associazione*, in *Enc. dir.*, III, 1988; U. DE SERVIO, *Associazione (libertà di)*, in *DDP*, I, 1987; P. BARILE, *Associazione*, in *Enc. dir.*, III, 1958.

⁵⁹⁶ Il CDESC ha riconosciuto alla norma contenuta nell’art. 8 la natura *self-executing*, ossia una norma applicabile dai tribunali interni senza il previo intervento del legislatore nazionale (ne deriva che in caso di violazione il singolo, titolare del diritto derivante dalla norma, potrà invocarla davanti alle autorità competenti senza alcuna misura interna di recepimento), General Comment N. 9, *The Domestic Application of the Covenant*, Doc. E/C.12/1998/24 del 3 dicembre 1998, para. 3. In dottrina è stato precisato che la norma in esame impone agli Stati contraenti tre tipologie di obblighi: in primo luogo, essi devono *rispettare* il diritto alla libertà sindacale evitando di adottare od attuare politiche economiche che abbiano l’effetto di limitarne il godimento; in secondo luogo, devono *proteggere* i lavoratori da eventuali atti sanzionatori o discriminatori posti in essere nei loro confronti come risultato dell’esercizio dei diritti sindacali; infine, devono *assicurare* ad ogni individuo tale diritto provvedendo ad introdurre specifiche garanzie all’interno dei singoli ordinamenti giuridici. Cfr., C. FENWICK, *Minimum Obligations with respect to article 8 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in A. CHAPMAN, S. RUSSELL (eds.), *Core obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, cit., p. 71 ss. In un’ottica di coordinamento tra i diversi ordinamenti giuridici, il Patto prevede che nessuna disposizione contenuta nell’articolo 8 autorizza gli Stati parti alla Convenzione OIL del 1948 relativa alla libertà sindacale ad adottare misure legislative che arrechino pregiudizio alle garanzie previste nel Patto, o ad applicare la legge in modo da causare tale pregiudizio (art. 8.3). Una identica previsione la si ritrova anche nel Patto sui diritti civili e politici all’art. 22.3.

⁵⁹⁷ In ambito globale: il Patto sui diritti civili e politici (art. 22.2), il Patto sui diritti economici, sociali e culturali (art. 8.1 lett. a), e la Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (artt. 26.2 e 40.2). In ambito regionale, la Convenzione europea per i diritti dell’uomo (art. 11.2), e il Protocollo alla Convenzione americana sui diritti umani nell’area dei diritti economici, sociali e culturali (art. 8.2).

La libertà di associazione sindacale, comprende non solo la possibilità di costituire un sindacato o di aderirvi, ma anche la libertà di promuovere la contrattazione collettiva tra datori di lavoro e lavoratori⁵⁹⁸. Per quanto riguarda il diritto di sciopero, benché non tutti gli strumenti normativi internazionali riconoscano il diritto di poter *manifestare* per la tutela dei propri interessi economici⁵⁹⁹, l'idea che tale diritto venga esercitato (nei limiti consentiti dalla legge di ciascuno Stato) al fine di ottenere migliori condizioni di lavoro, ha indotto alcuni autori a ritenere che dovesse essere garantito ad ogni lavoratore indipendentemente dal proprio *status* nazionale⁶⁰⁰.

Quanto alla natura giuridica della norma che riconosce il diritto alla libertà di associazione sindacale, non vi è dubbio circa la sua appartenenza al diritto internazionale generale⁶⁰¹. Una conferma deriva, non solo, come abbiamo avuto modo di vedere, dalla sua incorporazione nella maggior parte degli strumenti internazionali sui diritti umani, ma soprattutto dal fatto che la libertà di associazione sindacale è stata annoverata tra i diritti umani fondamentali di tutti i lavoratori (*core labour standards*). Riguardo a quest'ultimo aspetto, il merito va riconosciuto prevalentemente all'OIL che, attraverso l'adozione di specifiche convenzioni ed una prassi significativa a riguardo⁶⁰², ha permesso di

⁵⁹⁸ Sul punto, è stato osservato che entrambi i Patti garantiscono esplicitamente la libertà di associazione, ma implicitamente il diritto alla contrattazione collettiva nel contesto delle relazioni di lavoro, cfr., P. MACKLEM, *The Right to Bargain Collectively in International Law: Workers' Right, Human Right, International Right?*, in P. ALSTON (ed.), *Labour Rights as Human Rights*, Oxford, 2005, p. 62.

⁵⁹⁹ Il diritto di sciopero viene riconosciuto nel Patto sui diritti economici, sociali e culturali (art. 8.1 lett. d), nella Carta sociale europea (art. 6.4), e il Protocollo alla Convenzione americana sui diritti umani nell'area dei diritti economici, sociali e culturali (art. 8.1). Per quanto riguarda l'OIL, v'è da notare che il diritto di sciopero pur non essendo espressamente riconosciuto come tale nella normativa pertinente, è stato considerato da taluni organi di controllo come "...an intrinsic corollary of the right of association protected in Convention n. 87" (ILO, General Survey, *Freedom of association and collective bargaining*, 1994, Parte I, Cap. V, para. 151).

⁶⁰⁰ In tal senso, C. TIBURCIO, *The human rights of alien under international and comparative law*, cit., p. 242.

⁶⁰¹ In dettaglio, cfr. S. SANNA, *Diritti dei lavoratori e disciplina del commercio nel diritto internazionale*, cit., p. 111 e V. A. LEARY, *The paradox of workers' rights as human rights*, cit., p. 28 ss.

⁶⁰² La libertà di associazione viene sancita non solo nella Costituzione OIL (poi riaffermata nella Dichiarazione di Filadelfia del 1944), ma soprattutto nella Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali sul lavoro del 1988, dove si legge che gli Stati membri

consolidare una *opinio iuris* in merito all'obbligatorietà di riconoscere tale diritto come fondamentale.

In particolare, tra il 1948 e il 1949 sono state adottate in seno a tale Organizzazione due convenzioni fondamentali rispettivamente sulla libertà di associazione (n. 87/48) e sul diritto di contrattazione collettiva (n. 98/49) che sanciscono congiuntamente il principio secondo cui i lavoratori e i datori di lavoro possono liberamente organizzarsi in associazioni (anche di tipo sindacale) promuovendo e difendendo i loro interessi economici⁶⁰³. In particolare, l'art. 2 della convenzione n. 87 stabilisce che "i lavoratori ... senza alcuna distinzione hanno il diritto di costituire e ... di associarsi ad organizzazioni da loro scelte senza previa autorizzazione"⁶⁰⁴, mentre l'art. 1 della n. 98 precisa che essi "devono godere di adeguata protezione contro atti di discriminazione tendenti a compromettere la libertà sindacale in materia di impiego ..."⁶⁰⁵. L'obiettivo cui tendono entrambe le disposizioni è quello di garantire a tutti i lavoratori (compresi i migranti) l'esercizio dei diritti sindacali senza alcuna discriminazione⁶⁰⁶.

3.7.2 Il riconoscimento dei diritti sindacali ai lavoratori migranti

dell'Organizzazione sono obbligati "a rispettare, a promuovere e a realizzare" certi principi fondamentali, inclusa "la libertà di associazione e l'effettivo riconoscimento del diritto di contrattazione collettiva" (art. 2).

⁶⁰³ Solo la convenzione n. 87/48 prevede una tutela indiretta a favore del diritto di sciopero, in quanto costituisce un elemento intrinseco della libertà di associazione.

⁶⁰⁴ La convenzione n. 87/48 permette alle organizzazioni di disporre di piena autonomia interna, concedendo loro il diritto di redigere la propria costituzione ed i propri regolamenti, di eleggere i propri rappresentanti e di organizzare la propria amministrazione (art. 3), nonché il diritto di costituire federazioni e confederazioni e di instaurare legami con organizzazioni analoghe a livello internazionale (art. 5). Essa dispone, inoltre, che tali organizzazioni possano essere sciolte o sospese solo a seguito di un procedimento giudiziario e non di un procedimento amministrativo (art. 4).

⁶⁰⁵ Quest'ultima dispone, inoltre, la tutela contro le discriminazioni antisindacali, la tutela delle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro contro atti di reciproca interferenza e prevede misure per la promozione della contrattazione collettiva (art. 2.2). Saranno inoltre adottate misure necessarie ad incoraggiare e a promuovere lo sviluppo e il ricorso alla libera contrattazione collettiva al fine di giungere ad accordi relativi alle condizioni di lavoro e di impiego e a definire i rapporti tra le associazioni (art. 4).

⁶⁰⁶ È quanto ribadito dalla Commissione di esperti dell'OIL nel General Survey, *Freedom of association and collective bargaining*, 1994, Parte I, Cap. III, para. 45.

Per quanto riguarda le convenzioni OIL in materia di migrazioni internazionali e tutela dei lavoratori migrati, occorre notare che la libertà di associazione sindacale e i diritti ad essa connessi (tra cui il diritto di contrattazione collettiva) vengono in rilievo esclusivamente con riferimento alle norme che proibiscono la discriminazione promuovendo l'eguaglianza di trattamento tra lavoratori nazionali e migranti regolari in materia di occupazione⁶⁰⁷. In particolare, l'art. 10 della convenzione n. 143 pur facendo espressamente riferimento alla parità di trattamento in relazione all'esercizio dei diritti sindacali⁶⁰⁸, riconosce implicitamente, attraverso l'espressione generica "diritti individuali e collettivi", la necessità di garantire la libertà di associazione su cui si fonda l'effettivo godimento dei diritti sindacali stessi⁶⁰⁹.

Se tale normativa non chiarisce fino in fondo quale sia la portata del diritto in esame con riferimento ai lavoratori migranti, al contrario la prassi di alcuni organi di controllo dell'Organizzazione sembra dedicarsi particolarmente alla questione. In particolare, se in un primo momento il Comitato di esperti ha ritenuto di dover precisare che il diritto di costituire e di associarsi ad organizzazioni di tipo sindacale dovesse essere riconosciuto a chiunque fosse legalmente residente nel territorio dello Stato senza alcuna distinzione fondata sulla nazionalità⁶¹⁰, di recente il comitato sulla libertà di associazione ha compiuto un ulteriore passo in avanti, specificando che il diritto di costituire

⁶⁰⁷ Ricordiamo, brevemente che la C. n. 97 all'art. 6.1 (lett. a ii) riconosce ai lavoratori migranti regolarmente presenti sul territorio dello Stato di impiego l'equo trattamento rispetto ai nazionali in relazione "alla partecipazione alle organizzazioni sindacali e alla contrattazione collettiva".

⁶⁰⁸ Al contrario la raccomandazione n. 151, supplementare alla convenzione n. 143, precisa che l'eguaglianza di trattamento deve essere riconosciuta in relazione a "...membership of trade unions, exercise of trade union rights and eligibility for office in trade unions and in labour-management relations bodies, including bodies representing workers in undertakings.." (para. 2 lett. g).

⁶⁰⁹ International Labour Conference, 69° session, 1983, Report of the Committee of Experts on the Application of the Convention and Recommendations, III(4B), *General Survey on the Application of the Conventions on Freedom of Association, the Right to Organize and Collective Bargaining and the Convention and Recommendation concerning Rural Workers' Organizations*, para. 317.

⁶¹⁰ ILO, General Survey, *Freedom of association and collective bargaining*, 1994, Parte I, cap. III, para. 63. In tale occasione, il Comitato ha inoltre precisato che "legislation should allow foreign workers to take up trade union office, at least after a reasonable period of residence in the host country", cap. IV, para. 118.

(*to establish*) dei sindacati o semplicemente di aderirvi se già esistenti (*to join*), riconosciuto all'art. 2 della convenzione n. 87, deve essere garantito a tutti i lavoratori, inclusi i migranti irregolari⁶¹¹.

Per quanto riguarda il sistema di protezione delle Nazioni Unite, la convenzione sui lavoratori migranti introduce due specifiche previsioni relativamente alla protezione dei diritti sindacali, l'art. 26.1 e l'art. 40.1, rispettivamente inclusi nella parte III e nella parte IV del trattato.

Il primo sancisce il diritto di tutti i lavoratori migranti e i membri delle loro famiglie di *prendere parte* alle riunioni e alle attività dei sindacati e di qualsiasi altra associazione costituita secondo la legge, al fine di tutelare i propri interessi economici, sociali, culturali (lett. *a*)⁶¹²; e di *aderire liberamente* (lett. *b*) e/o richiedere aiuto ed assistenza a qualsiasi sindacato e associazione (lett. *c*). Si tratta di una norma che ha suscitato non poche perplessità dal momento che prevede una serie di garanzie riconosciute a tutti i lavoratori migranti, compresi gli irregolari⁶¹³. Al contrario, l'art. 40.1 prevede esclusivamente in favore dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie in situazione regolare il diritto di *costituire* con altri delle associazioni e dei sindacati nello Stato di impiego al fine di promuovere e tutelare i propri interessi economici, sociali, culturali⁶¹⁴.

⁶¹¹ OIL, Comitato sulla Libertà di Associazione, *Caso n. 2121* (23 marzo 2001), Ricorso presentato dall'Unione Generale dei Lavoratori della Spagna (UGT), *Report No. 327*, vol. LXXXV, 2002, Serie B, n. 1, para. 561; *Caso n. 227* (18 ottobre 2002), Ricorso presentato dalla Federazione Americana del Lavoro e Congresso delle Organizzazioni Industriali (AFL-CIO) e dalla Confederazione dei Lavoratori Messicani (CTM), *Report No. 332*, vol. LXXXVI, 2003, Serie B, n. 3.

⁶¹² Dal momento che l'art. 26 non prevede il diritto di eleggibilità all'interno del sindacato, nulla impedisce di ricavarlo implicitamente dalla generica espressione "prendere parte alle riunioni e alle attività dei sindacati", cfr., R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 165.

⁶¹³ Cfr., R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 164.

⁶¹⁴ In questo caso, gli Stati contraenti hanno voluto garantire una maggiore tutela in favore dei lavoratori migranti regolari, pur riservandosi la facoltà di prevedere eventuali restrizioni al godimento e all'esercizio di tali diritti purché siano stabilite dalla legge e siano necessarie, in una società democratica, nell'interesse della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui (art. 40.2). Per quanto riguarda il diritto di concorrere per la leadership dell'associazione sindacale, nel silenzio della norma prevista dall'art. 40, occorre prendere in esame quanto stabilito dal Comitato sulla protezione dei diritti di tutti i

Tale impostazione appare in netto contrasto con le corrispondenti norme, precedentemente analizzate, previste nei Patti delle NU e nelle convenzioni dell'OIL, specie in relazione alla problematica relativa al trattamento riservato dalla convenzione in esame ai lavoratori migranti irregolari⁶¹⁵.

In particolare, la tutela offerta dai primi due, attraverso il riconoscimento del diritto di *constituire* dei sindacati o *aderirvi* liberamente a *tutti* gli individui (artt. 22 PIDCP e 8 PIDESC), deve intendersi riferita anche ai lavoratori migranti irregolari, sebbene di fatto per quest'ultimi il godimento e l'esercizio di tale diritto diventano spesso impraticabili⁶¹⁶.

La problematica relativa al riconoscimento dei diritti sindacali ai lavoratori migranti irregolari è stata di recente oggetto di alcune pronunce da parte di organi di controllo giurisdizionali interni ed internazionali.

In particolare, merita attenzione la decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti in merito al caso *Hoffman*⁶¹⁷. In tale occasione, l'organo giurisdizionale statunitense ha stabilito che uno straniero irregolare non ha diritto agli arretrati maturati durante il periodo in cui egli è stato sospeso dalla Compagnia per aver aderito ad una *union-organizing campaign*⁶¹⁸. La sentenza

lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie nelle sue osservazioni conclusive in merito al rapporto presentato dal Messico. L'organo di controllo, infatti, constatando che l'art. 372 della Legge Federale sul Lavoro messicana proibisce ai lavoratori stranieri di entrare a far parte della leadership dei sindacati, raccomanda allo Stato in questione di porre in essere tutte quelle misure (compresi gli emendamenti legislativi) volte a garantire ai lavoratori migranti e ai membri della loro famiglia "the right to form, and to form part of the leadership of, associations and unions" in conformità all'art. 40 della Convenzione. Doc. CMW/C/MEX/CO/1, cit., paras. 35-36.

⁶¹⁵ Cfr., R. CHOLEWINSKI, *Protection of the human rights of migrant workers and members of their families under the UN Migrant Workers Convention as a tool to enhance development in the country of employment*, paper consultabile su <http://www.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/cholewinski.doc>. È evidente che la disposizione contenuta nell'art. 26 intende limitare il godimento e l'esercizio di taluni diritti sindacali ai lavoratori migranti irregolari non solo non riconoscendo il diritto di costituire un sindacato, ma anche prevedendo la facoltà per gli Stati parte di prevedere eventuali restrizioni (para. 29).

⁶¹⁶ Cfr., R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 164.

⁶¹⁷ US Supreme Court, *Hoffman Plastic Compounds, Inc., Petitioner v. National Labor Relations Board*, 27.03.2002, 535 U.S., 137, 122 S. Ct., 1275 (2002).

⁶¹⁸ La Corte ha deciso che "to award backpay to illegal aliens would unduly trench upon explicit statutory prohibitions critical to federal immigration policy", pertanto ha ritenuto di dover annullare il *National Labor Relations Board*. La Federazione Americana del Lavoro

non proibisce esplicitamente al migrante irregolare di partecipare alle attività sindacali, ma ammette che un datore di lavoro possa per tale ragione sanzionarlo⁶¹⁹.

Benché la Corte non abbia potuto richiamare l'art. 26 della Convenzione internazionale sui lavoratori migranti gli Stati Uniti non avendo proceduto alla ratifica, è opportuno rileggere la pronuncia alla luce della norma appena richiamata, da cui deriva l'obbligo di *proteggere* tutti i lavoratori migranti da eventuali atti sanzionatori o discriminatori posti in essere nei loro confronti in ragione dell'esercizio di attività sindacali.

Come abbiamo avuto modo di notare nelle pagine che precedono, la Corte inter-americana in un recente parere, dal contenuto straordinariamente innovativo, ha chiaramente affermato che la condizione di irregolarità non costituisce un presupposto valido per giustificare eventuali trattamenti discriminatori nei confronti dei lavoratori migranti specie con riferimento ad alcuni diritti fondamentali, tra cui il diritto di prendere parte o aderire ad un sindacato⁶²⁰. Tuttavia, anche in tal caso non viene in rilievo la Convenzione internazionale sui lavoratori migranti dal momento che la richiesta di parere avanzata dal Messico riguardava l'interpretazione di talune norme contenute nella Carta dell'Organizzazione degli Stati Americani (artt. 3.1 e 17), nella Dichiarazione americana dei diritti e doveri dell'uomo (art. II), nella Convenzione americana per i diritti dell'uomo (artt. 1.1, 2 e 24), nella

asserisce che la decisione della Corte viola la Convenzione OIL n. 87 e la Dichiarazione del 1998 negando il diritto di associazione ai lavoratori migranti irregolari discriminandoli in base al loro *status* migratorio. Non può costituire un alibi il fatto che gli Stati Uniti non abbiano ratificato la Convenzione suddetta, dal momento che gli obblighi in essa contenuti e ribaditi nella Dichiarazione dei diritti fondamentali devono essere rispettati per il solo fatto di essere membri dell'OIL e soprattutto, perché discendono da norme consuetudinarie.

⁶¹⁹ Per un commento, cfr. V. A. LEARY, *Labor Migration*, in T. A. ALEINIKOFF., V. CHETAIL (eds), *Migration and International Legal Norms*, cit., p. 236; e D. CASSEL, *Equal Labor Rights for Undocumented Migrant Workers*, in A. F. BAYEFSKY (ed.), *Human rights and refugees, internally displaced persons and migrant workers*, cit., p. 484.

⁶²⁰ OC-18/2003, cit., para. 157.

Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (artt. 1, 2.1 e 7) e nel Patto sui diritti civili e politici (2.1, 2.2, 5.2 e 26)⁶²¹.

3.7.3 La libertà di associazione sindacale negli strumenti regionali sui diritti umani

La libertà di associazione sindacale e i diritti ad essa connessi, trovano riconoscimento in favore dei lavoratori migranti in una serie di strumenti normativi adottati in seno al Consiglio d'Europa.

Viene anzitutto in rilievo la Convenzione europea per i diritti dell'uomo, che riconosce ad *ogni* individuo il diritto di costituire dei sindacati e di aderirvi per la tutela dei propri interessi, se pur nell'ambito del più generale diritto alla libertà di riunione pacifica e di associazione (art. 11.1). Così come osservato in precedenza con riferimento alle norme corrispondenti contenute in taluni strumenti internazionali, il godimento e l'esercizio di tale diritto fondamentale potrebbero subire delle limitazioni qualora lo Stato le ritenga necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, per l'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute, della moralità pubblica, e dei diritti e delle libertà altrui (art. 11.2). Peraltro, a dispetto del suo carattere universale, la norma in esame potrebbe non trovare applicazione con riferimento agli stranieri dal momento che agli Stati contraenti viene riconosciuta la facoltà di limitare nei confronti di tali soggetti il godimento del diritto in questione qualora le attività ad esso connesse abbiano una natura "politica" (art. 16)⁶²².

⁶²¹ Ricordiamo che la Corte interamericana ha affermato espressamente che la propria competenza consultiva si estende oltre che alla Convenzione americana dei diritti dell'uomo a qualsiasi trattato internazionale in materia di diritti umani che determina obblighi a carico degli Stati membri dell'OAS. L'espressione "altri trattati" contenuta nell'art. 64, secondo l'interpretazione della Corte abbraccia "ogni disposizione riguardante la salvaguardia dei diritti dell'uomo, di qualsiasi trattato internazionale applicabile negli Stati americani" (Opinión Consultiva 1/82 del 24 settembre 1982, para. 80 ss.). Successivamente, la Corte ha riconosciuto la propria competenza anche ad interpretare la Dichiarazione americana del 1948 che, proprio in quanto Dichiarazione, non poteva essere compresa nell'espressione "altri trattati" di cui all'art. 64 (Opinión Consultiva 10/89 del 14 luglio 1989).

⁶²² La norma stabilisce che "nessuna delle disposizioni degli art. 10, 11 e 14 può essere interpretata nel senso che vieta alle Alte Parti contraenti di porre limitazioni all'attività politica degli stranieri".

Benché la disciplina del diritto di costituire dei sindacati e di aderirvi nella CEDU venga inquadrata nell'ambito dei diritti civili e politici, esso assume particolare rilevanza nell'ambito delle relazioni economiche. Per tale ragione, il diritto in questione non può non essere analizzato alla luce di quelle norme che il Consiglio d'Europa ha inteso adottare per la tutela dei diritti economici. La Carta sociale europea, infatti, oltre a prevedere disposizioni generali sul diritto di costituire organizzazioni (nazionali ed internazionali) per la protezione dei propri interessi o di aderirvi (art. 5) e sul diritto alla contrattazione collettiva (art. 6), riconosce ai lavoratori migranti (su un piano di parità rispetto ai nazionali) il diritto di partecipare ai sindacati e di godere dei benefici derivanti dalla contrattazione collettiva (art. 19.4)⁶²³. Benché la norma da ultimo citata non disciplini espressamente il diritto di costituire un sindacato, la Carta intende garantire comunque un simile diritto ai lavoratori migranti prevedendo anche nei loro confronti l'applicazione dell'art. 5, purché si tratti di cittadini di altre Parti contraenti che risiedano e lavorino regolarmente nello Stato interessato (Appendice, para. 1)⁶²⁴.

Per quanto riguarda la Convenzione europea sullo status di lavoratore migrante, meno chiara appare la questione relativa al riconoscimento dei diritti sindacali. Essa infatti prevede, in termini generali, il diritto dei lavoratori migranti di organizzarsi per la protezione dei propri interessi economici e sociali (art. 28). Tuttavia, la norma è stata interpretata estensivamente, nel senso di includere anche il diritto di aderire ai sindacati e di godere dei benefici derivanti dalla contrattazione collettiva, in ragione dello stretto legame che intercorre tra l'art. 28 e l'art. 5 della Carta sociale europea da un lato ed il contenuto della convenzione OIL n. 87 dall'altro⁶²⁵.

Infine, con riferimento al diritto di partecipare alle attività sindacali (incluse le funzioni elettive), cui nessuno degli strumenti suindicati pare riferirsi espressamente, non é chiaro se la disposizione contenuta nella citata

⁶²³ Cfr., D. HARRIS, J. DARCY, *The European Social Charter*, cit., p. 220 ss.

⁶²⁴ Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 307.

Convenzione europea di stabilimento, secondo la quale ciascun contraente ha l'obbligo di consentire ai cittadini di un'altra Parte di partecipare su un piano di parità rispetto ai nazionali di partecipare alle elezioni interne ad organizzazioni economiche e professionali (art. 18), debba interpretarsi nel senso di estendere il riconoscimento di tale diritto anche nell'ambito delle attività sindacali⁶²⁶.

3.8 Il diritto alla sicurezza sociale

3.8.1 Caratteristiche fondamentali delle norme sulla sicurezza sociale: quali limitazioni per i lavoratori migranti?

La necessità di fissare degli standards minimi di tutela del diritto alla sicurezza sociale a livello internazionale⁶²⁷, deriva da un lato, dalla eterogeneità dei diversi sistemi nazionali in materia di sicurezza sociale, e dall'altro dalla volontà di limitare quanto più possibile il rischio di esclusione sociale che tali norme determinano in relazione ai benefici riconosciuti alle diverse categorie di soggetti.

Un'intensa attività in tal senso è stata promossa nell'ambito dell'OIL, attraverso l'adozione di una serie di strumenti volti alla determinazione di un standard minimo di protezione del diritto alla sicurezza sociale⁶²⁸, all'eguaglianza di trattamento in relazione al godimento dei benefici derivanti dalla sicurezza sociale⁶²⁹, e al mantenimento dei diritti in corso di acquisizione o precedentemente acquisiti⁶³⁰.

⁶²⁵ *Explanatory Report on the EMW* (1978), para. 96.

⁶²⁶ Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 307.

⁶²⁷ Riconosciuto come diritto fondamentale di ogni individuo, il diritto alla sicurezza sociale (art. 9) forma parte integrante di quell'insieme di norme in materia di lavoro contenute nel Patto sui diritti economici, sociali e culturali e volte al raggiungimento di un adeguato standard di vita. L. LAMARCHE, *The right to social security in the International Covenant on economic, social and cultural rights*, in A. CHAPMAN, S. RUSSELL (eds.), *Core obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, cit., p. 101.

⁶²⁸ C. n. 102, *Social Security (Minimum Standards) Convention*, adottata il 28.06.1952 ed entrata in vigore il 27.04.1955, su www.ilo.org.

⁶²⁹ C. n. 118, *Equality of Treatment (Social Security) Convention*, adottata il 28.06.1962 ed entrata in vigore il 25.04.1964, su www.ilo.org.

⁶³⁰ C. n. 157, *Maintenance of Social Security Rights Convention*, adottata il 21.06.1982 ed entrata in vigore l'11.09.1986, su www.ilo.org.

Con riferimento alla categoria dei lavoratori migranti, l'aspetto che viene maggiormente in rilievo attiene al riconoscimento di tale diritto su un piano di parità rispetto ai lavoratori nazionali.

Il principio dell'eguaglianza di trattamento tra migranti e nazionali, enunciato nella convenzione n. 102/1952 viene sancito in relazione ai sistemi contributivi di previdenza sociale, se pur nei limiti imposti dalla condizione di reciprocità prevista da accordi bilaterali e multilaterali stipulati dagli Stati in materia (art. 68.2).

Per quanto riguarda la convenzione n. 118/1962, le Parti contraenti hanno l'obbligo di riconoscere la parità di trattamento in relazione a ciascun settore della sicurezza sociale⁶³¹ accettato e coperto dagli obblighi derivanti dal trattato (art. 3), garantendo altresì il godimento dei benefici ad essi connessi indipendentemente dalle condizioni di residenza (art. 4)⁶³².

Infine, la convenzione n. 157/1982 istituisce un sistema internazionale per il mantenimento dei diritti acquisiti o in corso di acquisizione dei lavoratori che trasferiscono la propria residenza da un Stato ad un altro. Ciò permetterebbe di assicurare loro, una volta rientrati nel Paese di appartenenza, tutti i benefici maturati durante la permanenza all'estero. Tali diritti saranno mantenuti con riferimento alle indennità di invalidità, di vecchiaia e alle pensioni per infortunio sul lavoro, inclusi i c.d. *death grants* (art. 4.3 lett. a) e nei confronti delle seguenti categorie di soggetti: impiegati (inclusi i lavoratori frontalieri e stagionali) e membri delle loro famiglie purché siano cittadini di uno Stato contraente o rifugiati e apolidi residenti sul territorio dello Stato interessato (art. 4.3 lett. b).

⁶³¹ L'art. 2.1 stabilisce che "each Member may accept the obligations of this Convention in respect of any one or more of the following branches of social security for which it has in effective operation legislation covering its own nationals within its own territory: (a) medical care; (b) sickness benefit; (c) maternity benefit; (d) invalidity benefit; (e) old-age benefit; (f) survivors' benefit; (g) employment injury benefit; (h) unemployment benefit; and (i) family benefit".

⁶³² Tuttavia, la norma precisa che nel caso dei non contribuenti il godimento delle prestazioni di sicurezza sociale (ad eccezione delle cure mediche, delle indennità per malattia e per infortunio sul lavoro, degli assegni familiari) potrebbe essere condizionato alla residenza dei beneficiari nel territorio dello Stato interessato (art. 4.2).

Vi sono dunque una serie di condizioni che limitano l'esercizio dei diritti connessi alla sicurezza sociale ai lavoratori migranti. In primo luogo, l'applicazione del principio dell'eguaglianza di trattamento su basi di reciprocità tra i lavoratori cittadini di Stati contraenti; e in secondo luogo, condizioni che attengono precisamente alla tipologia del lavoro svolto, al livello di contribuzione e alla residenza.

Prendendo in esame le convenzioni sui lavoratori migranti, il primo aspetto che viene in rilievo è quello relativo alla non applicazione della clausola di reciprocità in riferimento al riconoscimento dei diritti di sicurezza sociale, dal momento che l'unico limite è ravvisabile nella regolarità dello *status* di tali soggetti.

In particolare, l'art. 6.1 lett. *b* della convenzione n. 97 impone alle Parti contraenti l'obbligo di riconoscere ai migranti regolarmente presenti sul proprio territorio e senza discriminazione fondata su ragioni di nazionalità un trattamento che non sia meno favorevole di quello riservato ai nazionali in relazione alla sicurezza sociale⁶³³. Tuttavia, l'applicazione di tale principio incontra una duplice limitazione: un primo limite è da ravvisare nelle disposizioni contenute negli accordi in materia di mantenimento dei diritti acquisiti o in corso di acquisizione (i); un secondo nella legislazione nazionale relativa alle prestazioni erogate esclusivamente con fondi pubblici⁶³⁴ e alle indennità riconosciute a coloro i quali non rispettano le condizioni prescritte per l'attribuzione della pensione (ii).

Ci si è chiesti se una simile disposizione possa configurarsi come base giuridica idonea a legittimare l'automatica esclusione di talune categorie di migranti dai benefici derivanti dal sistema di sicurezza sociale⁶³⁵, in particolare

⁶³³ La norma definisce la sicurezza sociale come "... legal provision in respect of employment injury, maternity, sickness, invalidity, old age, death, unemployment and family responsibilities, and any other contingency which, according to national laws or regulations, is covered by a social security scheme".

⁶³⁴ Tale disposizione riconosce la possibilità di restringere il godimento dei benefici derivanti dal sistema di sicurezza sociale finanziato non su base contribuyente ai lavoratori nazionali. Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 113.

⁶³⁵ General Surveys - *Migrant Workers*, 1999, cap. V, sez. II, para. 431.

i lavoratori “temporanei”. Il problema nasce dal fatto che tali soggetti svolgono un’attività lavorativa limitata nel tempo che non consente loro di rispettare un certo grado di continuità in termini di residenza e di contribuzione. Tuttavia, la prassi degli organi di controllo tende ad escludere tale possibilità dal momento che la convenzione n. 97 si rivolge a tutti i lavoratori migranti con residenza permanente o temporanea nel Paese di impiego e, soprattutto, riconosce la parità di trattamento rispetto ai nazionali. Ne deriva che, se i diritti connessi al sistema di sicurezza nazionale vengono riconosciuti ai lavoratori nazionali su base temporanea, non c’è ragione di credere che ciò non possa accadere anche con riferimento ai migranti.

Per quanto riguarda la convenzione n. 143, il principio dell’eguaglianza di trattamento, che trova applicazione anche con riferimento alla sicurezza sociale, si estende sia ai contribuenti che ai non-contribuenti contrariamente a quanto accade nel caso precedente (art. 10). Il contenuto piuttosto generico della norma non consente di ravvisare alcuna tutela nei confronti di quei lavoratori migranti che abbandonano il Paese di impiego con riferimento ai diritti e ai benefici derivanti dalla loro residenza e dall’attività lavorativa precedentemente svolta nello stesso⁶³⁶. Al contrario, la raccomandazione n. 151 precisa che tali soggetti, indipendentemente dalla legalità del proprio status, hanno diritto alle indennità per infortunio sul lavoro (para. 34.1 lett. b) e al rimborso dei contributi versati cui non corrisponde alcun beneficio (lett. c)⁶³⁷.

3.8.2 I diritti in materia di sicurezza sociale nella Convenzione delle Nazioni Unite sui lavoratori migranti

Lo strumento adottato dalle Nazioni Unite, in linea con le convenzioni OIL in materia di migrazioni internazionali, disciplina la questione relativa al

⁶³⁶ Ricordiamo a riguardo che l’art. 9.1 della Convenzione n. 143 riconosce al lavoratore migrante irregolare o illegalmente occupato, la cui posizione non possa essere regolarizzata, la parità di trattamento per se stesso e per la sua famiglia, con riferimento ai diritti derivanti da un lavoro precedente, per quanto riguarda la previdenza sociale e le altre agevolazioni.

⁶³⁷ *Ibidem*, para. 434.

riconoscimento dei diritti in materia di sicurezza sociale⁶³⁸ richiamando il principio della parità di trattamento ed evitando di condizionarne il godimento su base di reciprocità. L'art. 27, infatti, stabilisce che in tale settore, i lavoratori migranti e ai membri delle loro famiglie devono godere del medesimo trattamento concesso ai cittadini nazionali, nella misura in cui soddisfano i requisiti richiesti dalla normativa statale e dai trattati bilaterali e multilaterali pertinenti (para. 1).

La collocazione della norma nella parte III del trattato suggerisce che la previsione in essa contenuta sia da riferire a tutti i lavoratori migranti indipendentemente dalla regolarità del loro status giuridico⁶³⁹. Tuttavia, secondo alcuni autori, la disposizione prevede uno standard minimo di tutela solo in favore dei regolari, dal momento che il principio dell'eguaglianza di trattamento in materia di sicurezza sociale, trovando applicazione solo nei confronti di quei lavoratori che rispettano le condizioni previste dalla legislazione nazionale ed internazionale pertinente, potrebbe indurre gli Stati a prevedere specifiche disposizioni legate alla regolarità dello status migratorio dei lavoratori⁶⁴⁰.

Nei casi in cui la legislazione non preveda per tali soggetti alcun beneficio, gli Stati interessati verificheranno la possibilità di rimborsare l'ammontare dei contributi da loro versati su un piano di parità rispetto ai lavoratori nazionali che si trovano nelle medesime condizioni (art. 27.2). La norma, riferendosi implicitamente ai diritti in corso di acquisizione dei lavoratori che hanno già lasciato lo Stato di impiego e ai diritti precedentemente acquisiti cui non corrisponde il diritto di ricevere benefici all'estero, prevede una forma di tutela maggiore rispetto agli strumenti OIL precedentemente analizzati.

⁶³⁸ Da notare che la Convenzione dell' ONU non precisa quali siano i benefici da accordare ai lavoratori migranti in materia di sicurezza sociale.

⁶³⁹ Ricordiamo che l'art. 54.1 lett. *b*, contenuto nella parte relativa ai diritti dei lavoratori migranti regolari, assicura l'eguaglianza di trattamento in relazione alle indennità di disoccupazione.

⁶⁴⁰ Cfr., M. HASENAU, *Setting Norms in the United Nations System: The Draft Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families in Relation to ILO in Standards on Migrant Workers*, in *IMR*, 1990(28), p. 143.

3.8.3 Gli strumenti regionali e i diritti in materia di sicurezza sociale

Il Consiglio d'Europa ha adottato una specifica normativa che mira a garantire un equo trattamento tra cittadini di Stati contraenti con riferimento a taluni sistemi di sicurezza sociale⁶⁴¹, la quale ha costituito il punto di partenza per successivi accordi in materia. I diritti connessi a tale settore vengono inoltre riconosciuti nella Carta sociale europea e nella Convenzione europea sulla previdenza sociale⁶⁴².

La disposizione contenuta nell'art. 12.4⁶⁴³ della Carta si applica ai cittadini di tutti gli Stati contraenti indipendentemente dal fatto se si tratti o meno di lavoratori regolarmente residenti ed impiegati nel Paese ospitante⁶⁴⁴. Essa non prevede un elenco dei diritti derivanti dal sistema di previdenza sociale; tuttavia il suo contenuto, che richiama quello della convenzione OIL n. 102, copre a differenza di quest'ultima anche i diritti dei non-contribuenti⁶⁴⁵.

Per quanto riguarda la Convenzione europea sulla previdenza sociale, essa afferma, da un lato il principio dell'eguaglianza di trattamento tra cittadini di Stati contraenti, rifugiati e apolidi in relazione alla legislazione statale in

⁶⁴¹ In particolare, *European Interim Agreement on Social Security Schemes relating to Old Age, Invalidity and Survivors*, 11.12.1953, in *ETS* No. 12; *European Interim Agreement on Social Security Schemes other than Schemes for Old Age, Invalidity and Survivors*, 11.12.1953, in *ETS* No. 13; *European Code of Social Security*, 16.4.1964, in *ETS* No. 48. Quest'ultimo non è espressamente limitato ai cittadini della Parti contraenti dal momento che si applica a tutti gli impiegati così come a tutte le persone che risiedono nel Paese interessato. Per quanto riguarda la condizione dei lavoratori migranti, il Codice nulla prevede all'infuori dell'impegno che ciascuna Parte contraente decide di assumersi al fine di concludere "a special instrument governing questions relating to social security for foreigners and migrants, particularly with regard to equality of treatment with their own nationals and to the maintenance of acquired rights and rights in course of acquisition" (art. 73).

⁶⁴² *European Convention on Social Security e Supplementary Agreement for the Application of the European Convention on Social Security*, 14.12.1972, in *ETS* No. 78. Ricordiamo che la

⁶⁴³ Secondo cui gli Stati si impegnano a "to take steps, by the conclusion of appropriate bilateral and multilateral agreements or by other means, and subject to the conditions laid down in such agreements, in order to ensure: a) equal treatment with their own nationals of the nationals of other Parties in respect of social security rights, including the retention of benefits arising out of social security legislation, whatever movements the persons protected may undertake between the territories of the Parties; b) the granting, maintenance and resumption of social security rights by such means as the accumulation of insurance or employment periods completed under the legislation of each of the Parties.

⁶⁴⁴ V. Appendice, para. 1.

⁶⁴⁵ Cfr. D. HARRIS, J. DARCY, *The European Social Charter*, cit., p. 161 e R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, cit., p. 312.

materia di previdenza sociale (art. 8) e dall'altro il principio secondo cui i diritti ad essa connessi devono essere mantenuti anche laddove i beneficiari decidessero di cambiare residenza all'interno del territorio di un'altra Parte contraente (art. 14). La convenzione in esame si applica nei confronti di tutti i settori di previdenza sociale (art. 2.1) e con riferimento ai contribuenti e ai non-contribuenti (art. 2.2), anche se nel caso di questi ultimi gli Stati hanno la facoltà di imporre delle condizioni limitative che attengono prevalentemente alla residenza (art. 8.2).

Infine, il principio dell'eguaglianza di trattamento in materia di previdenza sociale trova riconoscimento anche nella Convenzione europea sullo status di lavoratore migrante, sebbene la sua applicazione sia soggetta alle condizioni richieste dalla legislazione nazionale e dagli accordi internazionali (art. 18.1). Ciascuna Parte contraente si impegna, inoltre, a preservare in favore dei lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia i diritti acquisiti o in corso di acquisizione mediante accordi bilaterali e multilaterali (art. 18.2).

3.9 Forme di sfruttamento connesse al fenomeno migratorio: il traffico di migranti e la tratta di esseri umani

La dimensione illegale, come noto, connota l'intero processo migratorio, dal momento che essa non si esaurisce nel sostegno economico che le organizzazioni criminali garantiscono agli emigranti al momento dell'attraversamento clandestino dei confini nazionali, ma investe anche la fase del loro ingresso nel territorio di destinazione (attraverso l'elusione dei controlli alla frontiera o la presentazione di documenti falsi) e della loro permanenza (soggiornando sul territorio sprovvisti di un regolare permesso). L'illegalità del fenomeno, connessa al rapporto di costante dipendenza e soggezione che si instaura tra i migranti e le organizzazioni criminali, non può che generare situazioni di minaccia e di violazione dei diritti fondamentali, specie nei confronti di categorie maggiormente vulnerabili⁶⁴⁶.

⁶⁴⁶ Della questione si sono occupati diversi organi di controllo delle NU, tra cui il Relatore speciale per i diritti umani dei migranti (E/CN.4/2000/82, cit., para. 55 ss.; E/CN.4/2002/94, cit., para. 31 ss.; E/CN.4/2003/85, cit., para. 41 ss.; E/CN.4/2005/85, cit., para. 41) e il

Negli anni più recenti, infatti, accanto alla nozione di “immigrazione clandestina”⁶⁴⁷ si sono venute configurando nel diritto internazionale nuove fattispecie, quali il “traffico di migranti” e la “tratta di esseri umani”⁶⁴⁸.

Talvolta utilizzate come sinonimi, tali espressioni sono, tuttavia, da tenere ben distinte⁶⁴⁹.

Per “traffico di migranti”, infatti, si intende l’assistenza fornita per l’attraversamento clandestino delle frontiere e l’ingresso illegale nel territorio di un Paese. Una specifica normativa in materia è stata adottata nell’ambito delle Nazioni Unite solo di recente. Ci riferiamo, in particolare, al *Protocollo addizionale alla Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria*⁶⁵⁰, secondo cui l’espressione “traffico di migranti” indica il procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l’ingresso

Relatore speciale sulla violenza contro le donne (E/CN.4/2000/68 del 29 febbraio 2000, para. 1 ss.).

⁶⁴⁷ Sul fenomeno dell’immigrazione clandestina, v. R. PISILLO-MAZZESCHI, *Strumenti di prevenzione e di contrasto all’immigrazione clandestina*, in *DUE*, 2004, 723-765; T. SCOVAZZI, *La lotta all’immigrazione clandestina alla luce del diritto internazionale del mare*, in *Dir. immigr. cit.*, 2003, pp. 48-60; ID., *La tutela della vita umana in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l’Italia*, in *RDI*, 2005, pp. 106-120.

⁶⁴⁸ In argomento, v. R. PIOTROWICZ, *Trafficking of Human Beings and their Human Rights in the Migration Context*, in R. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOU, E. MACDONALD (eds.), *International Migration Law*, cit., p. 275 ss.; I. CARACCILO, *Il diritto internazionale nella prevenzione e contrasto al traffico illecito di migranti clandestini*, in I. CARACCILO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, cit., pp. 57-73; F. SALERNO, *Evoluzione e determinatezza del divieto di tratta nel diritto penale internazionale ed italiano*, in *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, cit., pp. 2107- 2146; A. GALLAGHER, *Trafficking, Smuggling and Human Rights: Tricks and Treaties*, in *Forced Migration Review*, vol. 12, 2002, p. 25 ss.; P. TARAN, *Safeguarding Migrants’ Rights and Dignity in and beyond the smuggling dilemma*, Paper discusso in occasione del Seminario IOM, *International response to trafficking in migrants and the safeguarding of migrant rights*, 26-28 ottobre 1994.

⁶⁴⁹ Sul punto, v. G. TINEBRA, A. CENTONZE, *I flussi migratori clandestini ed il traffico internazionale di persone*, in G. TINEBRA, A. CENTONZE (a cura di), *Il traffico internazionale di persone*, Milano, 2004, p. 149 ss.

⁶⁵⁰ Adottato con risoluzione dell’Assemblea Generale n. 55/25 del 15 novembre 2000 (aperto alla firma dal 12-15 dicembre 2000 a Palermo, ma non ancora in vigore. Il testo del documento è consultabile sul sito ufficiale www.un.org). Ricordiamo che lo scopo del Protocollo è “di prevenire e combattere il traffico di migranti, nonché quello di promuovere la cooperazione tra gli Stati Parte a tal fine, tutelando al contempo i diritti dei migranti oggetto di traffico clandestino” (art. 2).

illegale di una persona in uno Stato parte di cui questa non è cittadina o residente permanente” (art. 3 lett. a)⁶⁵¹.

In questi casi, piuttosto che rinunciare ad esercitare il diritto fondamentale alla libertà di movimento a fronte delle condizioni restrittive imposte dalla legislazione nazionale in materia, il migrante “accetta” che le organizzazioni criminali procedano al suo trasferimento illegale in un altro Stato⁶⁵². Viene, dunque, in rilievo la questione relativa all’esistenza di un elemento consensuale, che, tuttavia, darebbe vita ad una decisione solo apparentemente spontanea. Si tratta, infatti, di una “scelta” dettata in primo luogo dalla necessità di fuggire da situazioni di estremo pericolo e di disagio, e solo in secondo luogo dalla costrizione sottesa allo sfruttamento esercitato dai trafficanti⁶⁵³.

L’elemento del consenso non pone particolari problemi con riferimento al secondo fenomeno, ossia la “tratta di esseri umani” definita dal *Protocollo*

⁶⁵¹ In dottrina sulla Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale e i relativi Protocolli, v. tra gli altri, R. BARBERINI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il Crimine Organizzato Transnazionale*, in *CI*, 2/2003, pp. 395-404; G. MICHELINI, *I Protocolli delle N.U. contro la tratta di persone e contro il traffico di migranti: breve guida ragionata*, in *Dir. immigr. cit.*, 1/2002, p. 40 ss.; E. ROSI, *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti. Strumenti internazionali*, in *CP*, Tomo 4, 2001, pp. 1986-1997; E. DI FRANCESCO, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale e i Protocolli aggiuntivi, contenuti e linee evolutive*, in *Gli Stranieri*, 2000, p. 427 ss. In particolare sul contenuto del Protocollo sul traffico di migranti, v. I. CARACCILO, *Il diritto internazionale nella prevenzione e contrasto al traffico illecito di migranti clandestini*, in I. CARACCILO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, cit., p. 59 ss.; G. PALMISANO, *Smuggling via mare e responsabilità internazionale degli Stati*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni*, cit., pp. 215-242; L. SICO, *Contrasto internazionale all’immigrazione clandestina*, *ivi*, p. 136 ss.; A. GALLAGHER, *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling. A preliminary Analysis*, in *Hum. R. Q.*, 2001, p. 975 ss.; e con riferimento al traffico aereo di migranti, v. R. I. R. ABEYRATNE, *Smuggling of Illegal Migrants by Air – Air Carrier Liability*, in *A&SL*, n. 4-5, 2000, p. 148 ss. In particolare, sull’evoluzione di tali fenomeni in Italia e sui relativi aspetti normativi, v. A. ANNONI, *L’attuazione dell’obbligo internazionale di reprimere la tratta di esseri umani*, in *RDI*, 2/2006, p. 405 ss.; G. CIVITILLO, *La lotta alla tratta di esseri umani ed al traffico illecito di migranti clandestini in Italia tra legislazione di recepimento dei rilevanti accordi internazionali e legislazione in tema di immigrazione*, in I. CARACCILO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, cit., pp. 125-142.

⁶⁵² Cfr. K. RICHARDS, *The trafficking of migrant workers: what are the links between labour trafficking and corruption?*, in *IM*, vol. 42(5), 2004, p. 152.

⁶⁵³ Cfr. I. CARACCILO, *Il diritto internazionale nella prevenzione e contrasto al traffico illecito di migranti clandestini*, cit., pp. 72-73;

*addizionale alla Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e di bambini*⁶⁵⁴ come “il reclutamento, il trasporto, il trasferimento...tramite l’impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione...per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un’altra a scopo di sfruttamento”(art. 3 lett. *a*⁶⁵⁵)⁶⁵⁶. Appare quantomeno superflua la precisazione contenuta nell’art. 3 lett. *b* del Protocollo in questione, secondo la quale il consenso di una vittima della tratta di persone allo sfruttamento è da considerarsi irrilevante nei casi in cui qualsivoglia dei mezzi indicati dalla norma sia stato utilizzato.

Inoltre, tale fenomeno presuppone l’intenzione di sfruttare una persona, indipendentemente dalla condizione di regolarità o irregolarità in cui versa la vittima. Ciò ad indicare che simili forme di coercizione vengono perpetrate a danno di qualunque essere umano, non già dei soli migranti⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ Adottato con risoluzione dell’Assemblea Generale n. 55/25 del 15 novembre 2000 (aperto alla firma dal 12-15 dicembre 2000 a Palermo, ma non ancora in vigore). Il testo del documento è consultabile sul sito ufficiale www.un.org.

⁶⁵⁵ La norma chiarisce che “lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l’asservimento o il prelievo degli organi”.

⁶⁵⁶ Per una dettagliata descrizione del contenuto della definizione di tratta di esseri umani, v. C. RIJKEN, *Trafficking in persons. Prosecution from a European Perspective*, cit., p. 53 ss.; F. SPIEZIA, F. FREZZA, N. M. PACE, *Il traffico e lo sfruttamento di esseri umani*, Milano, 2002. Della questione si è occupato l’Alto Commissario ONU per i diritti umani in un rapporto contenente una serie di principi e linee guida in materia di diritti umani e tratta di persone, *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking*, Doc. E/2002/68/Add.1 del 20 maggio 2002. Il fenomeno della tratta di esseri umani è stato oggetto di una serie di iniziative promosse da alcune importanti organizzazioni internazionali: nell’ambito del Consiglio d’Europa è stata adottata solo di recente la *Convenzione sull’azione contro la tratta di esseri umani*, (16.05.2005, in ETS No. 197) che, ispirandosi allo strumento delle Nazioni Unite, ripropone un’identica definizione del fenomeno in oggetto (art. 4); per quanto riguarda l’UE, rinviamo al cap. IV.

⁶⁵⁷ Sull’argomento si veda: R. DI CHIO, *La tutela internazionale delle vittime della tratta e la Convenzione di Ginevra sullo Status di Rifugiato*, in *CI*, 2/2007, pp. 303-326; M. V. McCREGHT, *Smuggling of Migrants, Trafficking in Human Beings and Irregular Migration on a Comparative Perspective*, in *ELJ*, 2006, p. 106 ss.; K. HELGA, *Combating Trafficking in Human Beings*, in *RSQ*, 25/4, 2006, pp. 51-55; A. DI NICOLA, *Trafficking in human beings and smuggling of migrants*, in P. REICHEL (a cura di), *Handbook of Transnational Crime and Justice*, London, 2004; K. ABRAMSON, *Beyond Consent, Toward Safeguarding Human Rights: Implementing the United Nations Trafficking Protocol*, in *Har. Int’l L. J.*, 44(1)/2003, pp. 473-502; V. MUNTARBHORN, *Combating migrant smuggling and trafficking in persons, especially women: The normative framework re-appraised*, in T. A. ALEINIKOFF,

La tratta di esseri umani assume oggi più che in passato una valenza molto importante in ragione di un duplice elemento: da un lato, le numerose tipologie di sfruttamento contemplate nel Protocollo suddetto, tra le quali la prostituzione o qualunque altra forma di sfruttamento sessuale (es. la pornografia nel caso dei minori)⁶⁵⁸, il lavoro forzato⁶⁵⁹, la schiavitù o altre pratiche analoghe, l'asservimento, e il prelievo di organi⁶⁶⁰; dall'altro, la vulnerabilità dei beneficiari principali delle norme in esso contenute, ossia donne e bambini⁶⁶¹.

V. CHETAIL (eds), *Migration and International Legal Norms*, cit., p. 151 ss.; J. SALT, *Trafficking and Human Smuggling: A European Perspective*, in R. APPELYARD, J. SALT, *Perspectives on Trafficking of Migrants*, Offprint of International Migration (IOM), vol. 38(3) Special Issue 1/2000, pp. 31-56; M. R. SAULLE, *Trasporto illecito di migranti, crimine organizzato e applicazione delle normative*, in *RCGI*, 4/2000, pp. 21-25; S. SCICCHITANO, *La tratta di esseri umani nel contesto dei processi migratori*, in *ASI*, 3/2000, p. 5 ss.

⁶⁵⁸ In argomento, cfr., G. CARELLA, *Globalizzazione dei diritti ed obblighi degli Stati nella prevenzione della tratta delle donne*, in A. G. CASSANDRO, A. M. PRINCIGALLI (a cura di), *Diritti umani, libertà fondamentali e nuove schiavitù*, Milano, 2004, pp. 7-18; F. SCAVONE, *La tratta di persone e lo sfruttamento sessuale dell'immigrazione clandestina*, in G. TINEBRA, A. CENTONZE (a cura di), *Il traffico internazionale di persone*, cit., p. 93 ss.; P. TARAN, G. MORENO-FONTES CHAMMARTIN, *Getting at the Roots: Stopping Exploitation of Migrant Workers by Organized Crime*, 2003, su www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/pom/pom1e.pdf; T. D. TRUONG, *The Human Rights Question in the Global Sex Trade*, in K. ARTS, P. MIHYO (eds.), *Responding to the Human Rights Deficit. Essays in Honour of Bas de Gaay Fortman*, The Hague, 2003, p. 191 ss.; M. C. MAFFEI, *Tratta, prostituzione forzata e diritto internazionale: il caso delle donne di conforto*, Milano, 2002; K. CORRIGAN, *Putting the Brakes on the Global Trafficking of Women for the Sex Trade: an Analysis of Existing Regulatory Schemes to Stop the Flow of Traffic*, in *Fordham Int'l L. J.*, 2001, pp. 151-214; G. VERMEULEN, *International Trafficking in Women and Children*, in *RIDPen.*, 2001, pp. 837-883; K. VAN IMPE, *People for Sale: The Need for a Multidisciplinary Approach towards Human Trafficking*, in R. APPELYARD, J. SALT, *Perspectives on Trafficking of Migrants*, cit., pp. 113-131; F. LENZERINI, *Sfruttamento sessuale dei minori e norme internazionali sulla schiavitù*, in *CI*, 3, 1999, pp. 474-515.

⁶⁵⁹ Sul rapporto tra lavoro forzato e tratta di esseri umani, v. B. ANDREES, M. N. J. VAN DER LINDEN, *Designing Trafficking Research from a Labour Market Perspective: The ILO Experience*, in *IM*, vol. 43(1/2), 2005, p. 57 ss.

⁶⁶⁰ In argomento, O. ANDRYSEK, *Traffic in Persons*, in *EPIL*, vol. IV, 2000, p. 895 ss.

⁶⁶¹ Ricordiamo che il Protocollo mira a “prevenire e combattere la tratta di persone, con particolare attenzione alle donne e ai bambini” (art. 2 lett. a), nonché a “tutelare ed assistere le vittime di tale tratta, nel pieno rispetto dei loro diritti umani” (lett. b). Non mancano nel panorama normativo internazionale altre forme di garanzie nei confronti di tali soggetti. Per quanto riguarda le donne: ricordiamo la *Convenzione sull'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle donne* prevede che gli Stati parte adottino ogni misura adeguata per reprimere il traffico e lo sfruttamento della prostituzione delle donne (art. 6); e la *Convenzione sulla soppressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione altrui*, il cui art. 17 impone agli Stati contraenti di adottare tutte le misure necessarie “to check the traffic in persons of either sex for the purpose of prostitution”, al fine di proteggere

3.9.1 I lavoratori migranti e le “moderne” forme di schiavitù

Lo sfruttamento, derivante dal traffico e dalla tratta, normalmente genera una relazione di dipendenza tra l'autore della condotta illecita e la vittima che si traduce nella continua sottomissione di quest'ultima al volere del primo. Le modalità attraverso le quali tale fenomeno si manifesta, specie negli ambienti lavorativi, non solo attengono alla sottrazione dei documenti di identità e alla continua minaccia di denuncia alle autorità competenti, ma soprattutto rivestono i caratteri di vere e proprie forme di schiavitù⁶⁶² e di lavoro forzato⁶⁶³.

“immigrants or emigrants, and in particular, women and children, both at the place of arrival and departure and while en route”. Con riferimento ai minori, la *Convenzione sui diritti del fanciullo* proibisce ogni forma di sfruttamento e di violenza sessuale, e chiede agli Stati di impedire che dei fanciulli siano costretti a dedicarsi ad una attività sessuale illegale, siano sfruttati ai fini di prostituzione e pornografia (art. 34) e il *Protocollo Opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo sulla vendita dei minori, la prostituzione e la pornografia minorile*, 25 maggio 2000; e in ambito lavorativo, ricordiamo la *Convenzione OIL n. 182/1999* volta a proibire ed eliminare le peggiori forme di lavoro minorile, ossia tutte le forme di schiavitù o pratiche simili a schiavitù, come la vendita e il traffico di bambini, il lavoro forzato od obbligatorio, incluso il reclutamento forzato di bambini per l'impiego nei conflitti armati, lo sfruttamento di un bambino per prostituzione o per scopi pornografici, l'uso di un bambino per le attività illecite (art. 3). In dottrina sulle convenzioni OIL in materia di proibizione del lavoro minorile, v. C. DI TURI, *Globalizzazione dell'economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro*, cit., pp. 101-104 e C. BLENGINO, *Il lavoro infantile e la disciplina del commercio internazionale*, Milano, 2003. Significativa a riguardo appare, inoltre, l'attività svolta negli anni recenti dal *Relatore speciale delle NU sulla tratta di persone, in particolare donne e bambini*, e dal *Relatore speciale delle NU sulla vendita dei bambini, sulla prostituzione e la pornografia minorile*. I documenti ufficiali sono consultabili rispettivamente su http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=137 e http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=102.

⁶⁶² Sulla tratta di esseri umani come moderna forma di schiavitù, cfr. I. CARACCILO, *Dalla tratta di schiavi alla tratta di migranti clandestini. Eguaglianze e diversità nella prevenzione e repressione internazionali del traffico di esseri umani*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni*, cit., p. 153 ss.; F. LENZERINI, *Diritti dei lavoratori, nuove forme di schiavitù e commercio internazionale*, in *DL*, fasc. 1-2 /2004, p. 121 ss.; S. DREW, *Human trafficking: a modern form of slavery*, in *EHRLR*, 2002, p. 481 ss.; S. LA ROCCA, *La schiavitù nel diritto internazionale e nazionale*, in F. CARCEDI, G. MOTTURA, E. PUGLIESE (a cura di), *Il lavoro servile e le nuove schiavitù*, Milano, 2003; V. MUSACCHIO, *Schiavitù e tratta di esseri umani: analisi ed esigenza di una normativa penale internazionale*, in *Dir. fam. per.*, 2003, pp. 236-259; M. R. SAULLE, *Dalla schiavitù alle nuove forme di schiavitù*, in M. R. SAULLE, *Lezioni di organizzazione internazionale. Le organizzazioni internazionali e i diritti umani*, vol. II, seconda edizione, Napoli, 2003, p. 112 ss.; S. DREW, *Human Trafficking: A modern Form of Slavery*, in *EHRLR*, 2002, pp. 481-492; F. LENZERINI, *L'evoluzione contemporanea del concetto di schiavitù nel diritto internazionale consuetudinario*, in *SS*, 2000, p. 470 ss.; P. ARLACCHI, *Schiavi: il nuovo traffico di esseri umani*, Milano, 1999; V. RUGGIERO, *Trafficking in Human Beings: Slaves in Contemporary Europe*, in *IJSL*, vol. 25, 1997, p. 231-244. Nell'ambito dell'Unione

Alcuni organismi internazionali, tra cui l'OIL, hanno affrontato di recente la delicata questione del rapporto tra migrazioni internazionali e divieto di lavoro forzato⁶⁶⁴, specie in ragione del fatto che i lavoratori migranti sono maggiormente esposti a tali forme “contemporanee” di sfruttamento sul lavoro⁶⁶⁵ in determinati settori dell'economia (agricoltura, edilizia, tessile, e domestico⁶⁶⁶)⁶⁶⁷. Simili pratiche determinano non solo uno sfruttamento economico per i lavoratori migranti, ma soprattutto una dipendenza psicologica che impedisce loro di porre fine al rapporto di lavoro⁶⁶⁸.

Sul piano normativo, accanto alle disposizioni che attribuiscono veri e propri diritti ai lavoratori migranti, sulle quali abbiamo avuto modo di soffermarci nel corso del presente lavoro, le convenzioni OIL in materia prevedono una serie di obblighi in capo ai contraenti volti ad impedire la diffusione di attività criminali dedite al traffico e alla tratta di migranti⁶⁶⁹. In particolare, la convenzione n. 143 impone alle Parti di stabilire se i lavoratori migranti vengano sottoposti durante le fasi migratorie e l'occupazione a condizioni abusive contrarie agli accordi internazionali (art. 2.1), ed

europea, in una recente risoluzione il Consiglio dei Ministri UE ha qualificato la tratta come “moderna forma di schiavitù”, 2003/C del 20 ottobre 2003, in GUUE C 260 del 29 ottobre 2003.

⁶⁶³ Cfr. General Survey *Eradication of forced labour, Report III (Parte I B)*, cit., paras. 2 e 39.

⁶⁶⁴ Il General Survey *Eradication of forced labour* evidenzia l'emergere di nuove forme di lavoro forzato connesse ai processi di globalizzazione e all'incremento dei flussi migratori transnazionali, quali ad esempio il traffico internazionale di persone e lo sfruttamento del lavoro minorile, *Report III (Parte I B)*, cit., p. 113 ss.

⁶⁶⁵ ILO, *Global Report Voice at work*, 2000, para. 78, su <http://www.ilo.org/voice@work>. Sul punto, v. anche il citato *Global Report A global alliance against forced labour*, in cui si osserva che la c.d. *debt slavery* (schiavitù per debiti), pratica che induce i gruppi più vulnerabili discriminati sul piano lavorativo a ricorrere a “canali alternativi”, costituisce una delle caratteristiche fondamentali delle contemporanee forme di lavoro forzato (para. 27). Per un commento al rapporto, v. C. DI TURI, *Organizzazione Internazionale del Lavoro. Le attività del 2005: la lotta al lavoro forzato e le iniziative per l'attuazione del rapporto sulla dimensione sociale della globalizzazione*, in *CI*, 1/2006, pp. 175-182. Sulla relazione che intercorre tra lavoro forzato e “tratta di esseri umani”, v. ILO, *Towards a fair deal for migrant workers in the global economy*, cit., para. 201 ss.

⁶⁶⁶ ILO, *op. ult. cit.*, para. 149 ss.

⁶⁶⁷ Doc. E/CN.4/2006/73, cit., para. 53 ss.

⁶⁶⁸ Doc. E/CN.4/2004/76, cit., para. 48.

⁶⁶⁹ In dottrina, v. E. GERONIMI, *Aspects juridiques du trafic et de la traite des travailleurs migrants*, Genève, 2003.

eventualmente adottare tutte le disposizioni necessarie al fine di reprimere le migrazioni clandestine e l'occupazione illegale di tali soggetti (art. 3 lett. *a*). Inoltre, ulteriori misure dovranno essere adottate contro le organizzazioni criminali e i datori di lavoro responsabili di tali abusi (art. 3 lett. *b*) comprensive di specifiche sanzioni amministrative, civili e penali (art. 6.1)⁶⁷⁰.

Il controllo assoluto che una persona esercita su un'altra o su un gruppo di individui rappresenta un presupposto fondamentale della schiavitù, tanto da indurre a considerare come “pratiche analoghe alla schiavitù” tutte quelle situazioni in cui individui o gruppi sociali sono *costretti* a lavorare per altri soggetti⁶⁷¹. È possibile individuare almeno tre tipologie di schiavitù: quella tradizionale basata sull'idea di possesso (una persona viene catturata o venduta, in quanto considerata una proprietà personale); la c.d. “schiavitù per debiti” (in cambio di un prestito di denaro la vittima si impegna a lavorare per il creditore), e infine, quella contrattualizzata (si fonda formalmente sull'esistenza di un vero e proprio contratto di lavoro, le cui condizioni però celano una forma di riduzione in schiavitù, dal momento che la vittima è costretta a lavorare molto più del dovuto, senza essere pagata e sempre sotto costante minaccia di violenza)⁶⁷².

Sono almeno due gli aspetti che occorre sottolineare in relazione alla condizione di lavoratore migrante. In primo luogo, il rapporto di sfruttamento che si instaura tra il trafficante e la vittima, quando quest'ultima contrae un debito nei confronti del primo in ragione del sostegno economico offertole durante il trasporto e l'ingresso illegali nel Paese di destinazione. In questo caso, i fenomeni della “tratta di esseri umani” e del “traffico di migranti”

⁶⁷⁰ Nel quadro più generale delle Nazioni Unite, la Convenzione sui lavoratori migranti prevede nella Parte VI, relativa alla cooperazione interstatale in materia di migrazioni internazionali, che i contraenti adottino, al fine di prevenire ed eliminare i movimenti illegali o clandestini di lavoratori irregolari, misure volte ad infliggere sanzioni efficaci sia a coloro i quali sono responsabili dell'organizzazione di tali fenomeni, sia a coloro che ricorrono alla violenza, alla minaccia o all'intimidazione contro i lavoratori e i membri delle loro famiglie (art. 68.1 lett. *b* e *c*); nonché misure sanzionatorie adeguate ed efficaci contro i datori di lavoro che favoriscono l'impiego illegale di tali soggetti (art. 68.2).

⁶⁷¹ Il rapporto globale riconosce, infatti, che la schiavitù è una forma di lavoro forzato. *Global Report*, para. 26.

appaiono strettamente connessi alla schiavitù per debiti. In secondo luogo, la stipulazione di contratti di lavoro che solo formalmente possono definirsi tali, dal momento che il rapporto di impiego si fonda di fatto su di una forma di dipendenza volta allo sfruttamento economico e sessuale di soggetti particolarmente vulnerabili, come i lavoratori migranti irregolari, le donne⁶⁷³ e i bambini⁶⁷⁴.

3.9.2 Le nuove pratiche di schiavitù come crimini contro l'umanità

La riduzione in schiavitù, espressamente proibita in una serie di strumenti normativi internazionali⁶⁷⁵, viene oggi identificata come un vero e proprio crimine contro l'umanità⁶⁷⁶. Secondo quanto stabilito nello Statuto della Corte

⁶⁷² Cfr. M. R. SAULLE, voce *Schiavitù* (*dir. internaz.*), cit., p. 641 ss.

⁶⁷³ OIL, *Towards a fair deal for migrant workers in the global economy*, cit., para. 187 ss.

⁶⁷⁴ Il problema dello sfruttamento economico di bambini, nelle forme di lavoro forzato e schiavitù, appare particolarmente evidente e preoccupante nel Mali come osservato dal Comitato sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e i membri delle loro famiglie nelle sue osservazioni conclusive relative al primo rapporto presentato dallo Stato in questione in conformità all'art. 73 della Convenzione. Doc. CMW/C/MLI/CO/1 del 31 maggio 2006, para. 22. L'organo di controllo delle Nazioni Unite ha, inoltre, avuto modo di monitorare la situazione del Messico con riferimento ai fenomeni di sfruttamento economico e sessuale nei confronti di donne e minori non accompagnati, constatando altresì la validità del progetto *Combating the trafficking of women, adolescents and children in Mexico 2004-2005* promosso dallo Stato in questione. Doc. CMW/C/MEX/CO/1, cit., paras. 39-42. Il Messico è stato oggetto di valutazione anche da parte di un altro organo di controllo delle Nazioni Unite, il Relatore speciale per i diritti dei migranti. Nel suo rapporto, infatti il Relatore sottolinea la stretta collaborazione tra Messico e Stati Uniti in termini di contrasto all'immigrazione/emigrazione clandestina, attraverso un graduale potenziamento dei sistemi di controllo alla frontiera, e di lotta al traffico di migranti e alla tratta di esseri umani attraverso la stipulazione di specifici accordi bilaterali. Doc. E/CN.4/2003/85/Add.2, del 30 ottobre 2002.

⁶⁷⁵ L'abolizione della schiavitù è prevista nel Patto sui diritti civili e politici (art. 8 paras. 2 e 3), nella Convenzione sulla soppressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione altrui (1949), nella Convenzione sulla schiavitù (1926) adottata nell'ambito della Società delle Nazioni ed emendata dal Protocollo del 1953 (art. 1), nella Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, della tratta di schiavi e delle istituzioni e pratiche simili alla schiavitù del 1956 (art. 7), nella Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (art. 11); e a livello regionale, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 4) e nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (art. 5).

⁶⁷⁶ In dottrina per un commento all'art. 4 CEDU, v. N. BOSCHIERO, *Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea*, cit., p. 77 ss. In argomento, v. pure i rapporti del Gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulle contemporanee forme di schiavitù in cui si precisa che tale pratica "in tutte le sue diverse forme è un crimine contro l'umanità ed è contraria alle norme di *jus cogens* di diritto internazionale consuetudinario" (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/30; UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/33). In generale sulle nozioni di

penale internazionale⁶⁷⁷, per schiavitù deve intendersi “l’esercizio di alcuni o di tutti i poteri connessi al diritto di proprietà su di una persona, incluso il traffico di esseri umani, in particolare di donne e bambini ai fini di sfruttamento sessuale”⁶⁷⁸ (art. 7.2 lett. c). A ben vedere, in tale definizione è possibile individuare un evidente collegamento tra tali pratiche e la tratta di esseri umani⁶⁷⁹. Con riferimento a quest’ultimo fenomeno, si pone il problema dell’individuazione dei soggetti responsabili di tali crimini. Normalmente, si ritiene che la commissione di un crimine contro l’umanità sia da imputare ad un individuo o ad un gruppo di individui che rivestono la qualità di organi

“crimine internazionale” e di “crimine contro l’umanità”, v. tra gli altri, E. GREPPI, *I crimini di guerra e contro l’umanità nel diritto internazionale*, Torino, 2001; M. BASSIOUNI, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, London, 1999; ID. (ed.), *International criminal law. Crimes*, vol. I, New York, 1986; N. RONZITTI, *Crimini internazionali*, in *EG*, 1988, X, p. 1 ss.; F. FRANCIONI, *Crimini internazionali*, in *DDP*, 1989, IV, p. 464 ss.

⁶⁷⁷ Lo Statuto è stato firmato a Roma il 17 luglio 1998, ed è entrato in vigore il 1° luglio 2002 (in *UNTS*, vol. 2187, p. 3). In argomento, v. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, terza ed., Torino, 2006; M. POLITI, G. NESI (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity*, Dartmouth, 2001; F. LATTANZI, *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, Napoli, 1998; U. LEANZA, *La Conferenza di Roma sull’istituzione di una Corte penale internazionale: una tappa fondamentale sulla strada del consolidamento del diritto penale internazionale*, in *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale*, Atti del convegno SIDI del 12-13 giugno 1998, Napoli, 1999, p. 267 ss.; F. LATTANZI, *Problemi di giurisdizione della Corte penale internazionale*, ivi, p. 281 ss.; R. LEE (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Boston, 1999; E. P. REALE (ed.), *Lo Statuto della Corte Penale Internazionale*, Padova, 1999; O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999; G. VENTURINI, *La competenza materiale della Corte*, in *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale*, cit., p. 295 ss.; H. VON HEBEL, J. G. LAMMERS, J. SCHUKKING (eds.), *Reflections on the International Criminal Court*, The Hague, 1999; F. LATTANZI, E. SCISO (a cura di), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc a una corte permanente*. Atti del convegno, Roma 15-16 dicembre 1995, Napoli 1996.

⁶⁷⁸ Sulle forme di sfruttamento sessuale nei confronti delle donne, cfr. la prassi di alcuni organi di controllo delle Nazioni Unite: il rapporto del *Relatore speciale sulla violenza contro le donne*, Doc. E/CN.4/2000/68, cit., para. 39 ss. e la risoluzione della Commissione sui diritti umani *Contemporary forms of slavery* con la quale si invitano gli Stati a “to take appropriate action for the protection of particularly vulnerable groups, such as children and migrant women, against exploitation of the prostitution of others and other slavery-like practices ...” (1999/46, para. 4 lett. b).

⁶⁷⁹ Significativo a riguardo, appare il rapporto esplicativo del Gruppo di lavoro sulle contemporanee forme di schiavitù (nominato dalla Sottocommissione per la promozione e la protezione dei diritti umani) sulla prassi interna di alcuni Stati, dal quale emerge uno stretto legame tra il fenomeno della tratta di esseri umani e la schiavitù (o pratiche analoghe ad essa). Doc. A/HRC/Sub.1/58/AC.2/4* del 31 July 2006.

dello Stato⁶⁸⁰ (ovvero entità ad esso assimilabili), dal momento che tale azione non solo presuppone un controllo effettivo del territorio ma necessita di un apparato organizzativo ben strutturato⁶⁸¹. Tuttavia, la dimensione transnazionale, che caratterizza il fenomeno della tratta di esseri umani, non è in grado di assicurare tale stabilità organizzativa e territoriale, dal momento che il crimine può essere commesso da un “gruppo strutturato” (quale può essere una organizzazione criminale) che non abbia necessariamente “previsto ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata” (art. 2 lett. c della *Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*⁶⁸²).

Per ovviare al problema della difficile individuazione dei soggetti coinvolti, ci sembra opportuno rilevare l’aspetto che attiene sostanzialmente alla condotta penalmente perseguibile. In altri termini, perché sorga una responsabilità individuale di tali soggetti⁶⁸³, è necessario che il crimine (contro l’umanità) sia stato commesso “intenzionalmente nell’ambito di un attacco a vasto raggio o sistematico diretto contro qualsiasi popolazione civile” (art. 7.1 dello *Statuto CPI*). Una violazione massiccia dei diritti umani, che rivesta i caratteri propri della schiavitù o della tratta di esseri umani, sarebbe dunque imputabile al singolo in quanto individualmente e penalmente responsabile della commissione di tale crimine alle condizioni previste dall’art. 25 dello *Statuto*, e allo Stato (qualora l’individuo venga considerato “organo dello

⁶⁸⁰ Sulla nozione di “organo dello Stato”, v. G. BARTOLINI, *Organi di fatto e responsabilità internazionale: recenti sviluppi*, in CI, 2001, p. 435 ss.; C. KRESS, *L’organe de facto en droit international public, Réflexions sur l’imputation à l’Etat de l’acte d’un particulier à la lumière des développements récents*, in RGDIP, 2001, p. 93 ss.

⁶⁸¹ Cfr. F. SALERNO, *Evoluzione e determinatezza del divieto di tratta nel diritto penale internazionale ed italiano*, in *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, cit., pp. 2139- 2140.

⁶⁸² Adottata a New York il 15 novembre 2000 ma non ancora entrata in vigore. Il testo del documento è consultabile alla pagina <http://www.un.org/law/icc/statute/romefta.htm>.

⁶⁸³ In tema di responsabilità penale individuale, v. tra gli altri, U. LEANZA, M. C. CICIRIELLO, *Crimes internationaux et responsabilité individuelle*, in K. KOUFA (ed.), *The new international criminal law*, Thessaliniki, 2003, p. 503 ss.; I. CARACCILO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale: il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali*, Napoli, 2000; E. GREPPI, *The evolution of individual criminal responsibility under international law*, in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1999, p. 531 ss.; A. CASSESE, *On current trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of international humanitarian law*, in *EJIL*, 1998, p. 2 ss.

Stato”) che non abbia provveduto alla repressione di tali pratiche o le abbia in qualche modo favorite in violazione del diritto internazionale⁶⁸⁴.

Infine, per quanto riguarda le vittime è interessante notare che lo *Statuto* prevede che su istanza di parte o di sua iniziativa la Corte penale internazionale determini la portata e l’entità del danno subito stabilendo forme di riparazione (es. restituzione, risarcimento e riabilitazione) (art. 75.1)⁶⁸⁵.

Considerazioni conclusive

In questa fase della trattazione è stata condotta un’analisi comparata dei tre diversi ordinamenti giuridici (ONU, OIL e Consiglio d’Europa) con riferimento a quelle norme che prevedono una serie di diritti sostanziali in materia di lavoro e che trovano applicazione anche nei confronti dei lavoratori migranti. Ho ritenuto di dover porre l’attenzione su quelle norme e su quei principi (il principio dell’eguaglianza di trattamento rispetto ai nazionali, il diritto di accedere ad un’occupazione liberamente scelta e, dunque il divieto di lavoro forzato, le libertà sindacali e il diritto alla sicurezza sociale) che a mio avviso pongono una serie di problemi in termini di riconoscimento nei confronti dei lavoratori migranti. È proprio in riferimento a tali norme che si registra, infatti, uno scarso livello di attuazione da parte degli Stati. La condizione migratoria che, in linea di principio, non dovrebbe limitare l’esercizio dei diritti fondamentali e con essi quelli in materia di lavoro, di fatto ne pregiudica sostanzialmente il godimento da parte dei lavoratori migranti (ciò risulta particolarmente accentuato in relazione ai fenomeni di sfruttamento sessuale ed economico). Il diritto sovrano dello Stato di decidere

⁶⁸⁴ A questo proposito, merita di essere segnalato l’art. 25.4 dello Statuto della Corte penale internazionale secondo cui “nessuna disposizione relativa alla responsabilità penale individuale pregiudica la responsabilità degli Stati ai sensi del diritto internazionale”. Sull’esistenza di una connessione tra crimine individuale e crimine dello Stato cfr. G. CONETTI, *State’s Crime and Individual’s Crimes: What Relationship?*, in M. POLITI, G. NESI (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., p. 131 ss.; P. PICONE, *Corte penale internazionale e crimini internazionali degli Stati*, in *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale*, cit., p. 63 ss.; N. RONZITTI, *Crimini internazionali individuali, tribunali interni e giustizia penale internazionale*, ivi, p. 1 ss.

⁶⁸⁵ La norma, inoltre, chiarisce che “nulla nel presente articolo sarà interpretato come lesivo dei diritti delle vittime riconosciuti dal diritto nazionale ed internazionale” (art. 75.6).

le condizioni di ammissione e di allontanamento di uno straniero, non deve prevalere sugli obblighi internazionali che esso è tenuto a rispettare nei confronti di quei soggetti che, pur non essendo cittadini, svolgono un'attività lavorativa sul proprio territorio. In altre parole, l'esercizio della sovranità statale, con riferimento alla gestione dei flussi migratori e al controllo delle frontiere, trova un limite non solo nelle norme consuetudinarie sui diritti umani, ma anche nel diritto convenzionale che tutela i diritti sul lavoro dei soggetti migranti.

Ulteriori limitazioni al potere statale in *subiecta materia*, sono riscontrabili, come avremo modo di vedere nelle pagine che seguono, anche all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario e dell'Unione Europea, dove trovano applicazione sia norme primarie (si pensi al titolo IV TCE) sia norme derivate che istituiscono regimi speciali in favore dei c.d lavoratori extracomunitari che svolgono un'attività nel territorio di uno degli Stati membri.

CAPITOLO QUARTO

La tutela del lavoratore migrante nell'ordinamento comunitario e dell'Unione europea

4.1 La disciplina comunitaria in materia di immigrazione ed asilo. Le novità introdotte dal Trattato di Amsterdam

Le norme comunitarie, come osservato nel capitolo primo, mirano ad assicurare la piena eguaglianza tra i lavoratori migranti cittadini UE e i lavoratori nazionali garantendo loro il diritto alla libera circolazione nel mercato comune e la parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro. Sono dunque esclusi dalla sfera di applicazione di tali norme i lavoratori cittadini di uno Stato terzo che intendano svolgere un'attività remunerata nel territorio di uno Stato membro dell'UE (c.d. *lavoratori extracomunitari*)⁶⁸⁶. Questi ultimi vengono, infatti, considerati stranieri non “privilegiati” in quanto non soggetti al regime speciale riservato, dal diritto dell'UE, ai soli lavoratori migranti cittadini di Stati membri⁶⁸⁷, quasi a voler una volta di più evidenziare la posizione di “inferiorità” occupata dai

⁶⁸⁶ Sullo *status* di cittadino non-comunitario, cfr. F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, cit., pp. 244-245; A. ADINOLFI, *La circolazione dei cittadini di Stati terzi: obblighi comunitari e normativa nazionale*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, cit., pp. 123-155; B. NASCIMBENE, voce *Straniero (condizione giuridica dello)*, in *IV Diritto comunitario*, in *Enc. giur.*, 1998, p. 1 ss.; ID., *L'Unione europea e i diritti dei cittadini dei Paesi terzi*, in *DUE*, 2-3, 1998, pp. 511-525; T. HOOGENBOOM, *Symposium: The status of non-community nationals in Community Law*, in *EJIL*, 1992, pp. 36-54; W. ALEXANDER, *Free movement of non-EC nationals. A review of the Case-law of the Court of Justice*, *ivi*, pp. 55-64; J. H.H. WEILER, *Thou shalt not oppress a stranger: On the judicial protection of the human rights of non-EC nationals – A critique*, *ivi*, pp. 66-91.

⁶⁸⁷ Il fatto che ai lavoratori extracomunitari non si applichi il principio della libera circolazione delle persone stabilito per i cittadini dell'UE, non significa che non vi siano delle eccezioni. In primo luogo, viene riconosciuta la libertà di circolazione al lavoratore extracomunitario impiegato nell'azienda di un cittadino di uno Stato membro che presti servizi in un diverso Stato membro. Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenze 27 marzo 1990, *Rush Portuguesa*, Causa C-113/89, in *Racc.*, p. I-1147; e 9 agosto 1994, *Vander Elst*, Causa C-43/93, in *Racc.*, p. I-3803. In secondo luogo, godono del medesimo diritto i familiari extracomunitari del cittadino di uno Stato membro. Sentenza 7 maggio 1986, *Gul*, Causa 31/85, in *Racc.*, p. 1573. Infine, altre eccezioni in favore dei cittadini dei Paesi terzi sono previste da specifici accordi (di associazione o di cooperazione) che garantiscono ai lavoratori cittadini di tali Paesi di godere della libera circolazione nel territorio dell'Unione, nonché prevedono un regime speciale per i migranti/lavoratori extracomunitari che intendano risiedere e lavorare nel territorio di uno Stato membro UE contraente.

lavoratori migranti extracomunitari e dai loro familiari rispetto ai lavoratori/cittadini europei⁶⁸⁸.

In un primo momento gli Stati membri, riluttanti nell'attribuire alla Comunità europea competenze specifiche riguardo all'ingresso e al soggiorno di cittadini di Stati terzi, hanno preferito procedere a livello intergovernativo, al di fuori dell'ambito comunitario, adottando nel 1990 la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (1985)⁶⁸⁹. Successivamente, con l'adozione del Trattato di Maastricht la politica migratoria⁶⁹⁰ è stata definita una questione di interesse comune nell'ambito del terzo pilastro dell'UE dedicato alla giustizia e agli affari interni⁶⁹¹ (titolo VI TUE)⁶⁹², per poi essere

⁶⁸⁸ Il Trattato di Maastricht ha contribuito ad accentuare la diversità tra comunitari ed extracomunitari, dal momento che il diritto alla libera circolazione riconducibile al concetto di "cittadinanza dell'Unione" ha sempre più emarginato i cittadini dei Paesi terzi dall'ordinamento giuridico europeo attribuendo loro lo status formale di "stranieri". Cfr., E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in *SIE*, 3/2006, pp. 454-462; L. S. ROSSI, *Gli stranieri*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Diritto Privato dell'Unione Europea*, cit., p. 135.

⁶⁸⁹ Divergeva, infatti, l'interpretazione degli Stati membri sul principio della libera circolazione. Alcuni ritenevano che esso riguardasse solo i cittadini europei e che fosse dunque necessario mantenere i controlli alle frontiere interne per verificare l'identità dei cittadini dei Paesi terzi. Per altri, esso si applicava a tutti, rendendo così superflui i controlli alle frontiere interne. Nell'impossibilità di raggiungere un compromesso, Francia, Germania e i Paesi del Benelux firmarono, nel 1985, fuori del quadro giuridico comunitario, l'Accordo di Schengen che permetteva di concretizzare il principio di libera circolazione di tutti coloro che risiedessero o viaggiassero sul loro territorio. Lo "spazio di Schengen" si è esteso gradualmente a tredici Stati membri (solo Gran Bretagna e Irlanda non lo hanno firmato). In dottrina, cfr., G. BASCHERINI, *Europa, cittadinanza, immigrazione*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2000, p. 773 ss.; L. S. ROSSI, *Gli stranieri*, cit., p. 135 ss.; B. NASCIMBENE, *Lo spazio Schengen: libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, Milano, 1999, vol. II, p. 307 ss.; ID., *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995.

⁶⁹⁰ L'art. 2 TUE indica tra gli obiettivi dell'Unione la conservazione e lo sviluppo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel quale "sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione...".

⁶⁹¹ Il "terzo pilastro" dell'Unione europea, in cui è istituzionalizzato il metodo intergovernativo, nasce come un prodotto di ingegneria istituzionale che sancisce un compromesso tra chi (come la presidenza olandese nell'ultima fase della Conferenza intergovernativa) premeva per un'estensione delle competenze comunitarie e chi al contrario riteneva (è il caso della Gran Bretagna) che sarebbe stato sufficiente intensificare la cooperazione intergovernativa "classica". Il Trattato di Maastricht aveva voluto favorire l'eventualità di un trasferimento di competenze del terzo pilastro al diritto comunitario, prevedendo infatti la c.d. "norma passerella", che consentiva al Consiglio di rendere applicabile l'art. 100C ad azioni oggetto della cooperazione nel quadro del terzo pilastro mediante decisioni all'unanimità.

“comunitarizzata” a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam⁶⁹³. Il titolo IV del Trattato CE (artt. 61-69), infatti, attribuisce alle

⁶⁹² Sulle materie visti, asilo e immigrazione come disciplinate all’interno del terzo pilastro, v. A. LANG, *Giustizia e affari interni*, in M. P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo. Parte speciale*, vol. I, Milano, 2007, p. 787 ss.

⁶⁹³ Per quel che riguarda la libera circolazione delle persone nel territorio dell’Unione, è previsto l’inserimento della Convenzione di Schengen nell’ordinamento comunitario. L’acquisizione (c.d. *acquis* di Schengen) permetterà di gestire il controllo alle frontiere esterne ed il passaggio alle frontiere interne attraverso norme comunitarie. La collocazione della Convenzione nell’ordinamento comunitario rappresenta uno dei passaggi più complessi per l’Unione, non solo perché alcuni paesi membri si sono dissociati (Gran Bretagna e l’Irlanda) ma per il fatto che tale acquisizione ha come obiettivo principale la creazione, nel tempo, di uno spazio di giustizia e di sicurezza comune su tutto il territorio comunitario. La bibliografia relativa alla disciplina comunitaria in materia di immigrazione è vastissima, pertanto ci limitiamo a segnalare: P. DE BRUYCKER, *Legislative Harmonization in European Immigration Policy*, in R. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOU, E. MACDONALD (eds.), *International Migration Law*, cit., p. 329 ss.; N. PARISI, *Ai confini d’Europa. Politiche migratorie e diritto d’asilo*, in D. RINOLDI (a cura di), *Questioni di diritto delle migrazioni fra diritto europeo, diritto internazionale e diritto interno*, Milano, 2007, p. 45 ss.; C. FAVILLI, B. NASCIMBENE, *La gestione dell’immigrazione a livello comunitario*, in A. COLOMBO, N. RONZITTI (a cura di), *L’Italia e la politica internazionale*, Bologna, 2006, pp. 149-160; H. BATTJES, *European asylum and international law*, Leiden, 2006; G. CELLAMARE, *La disciplina dell’immigrazione nell’Unione europea*, Torino, 2006; M. L. TUFANO, *L’integrazione degli stranieri legalmente residenti nell’Unione europea*, in I. CARACCILO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, cit., pp. 193-219; S. QUADRI, *Le migrazioni internazionali*, cit., p. 153 ss.; J. CARLIER, P. DE BRUYCKER (eds.), *Immigration and asylum law of the EU: current debates*, Brussels, 2005; F. JULIEN-LAFERRIERE, H. LABAYLE, O. EDSTRÖM (eds.), *The European immigration and asylum policy: critical assessment five years after the Amsterdam Treaty*, Brussels, 2005; P. DE BRUYCKER (ed.), *The emergence of a European asylum policy*, Brussels, 2004; P. BENVENUTI, *In attesa di una nuova stagione per la politica europea in materia di asilo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004; C. DIAS URBANO De SOUSA, P. De BRUYCKER (eds.), *The Emergence of a European Asylum Policy*, Bruxelles, 2004; I. HIGGINS, V. K. HAILBRONNER (eds.), *Migration and Asylum Law and Policy in the European Union*, Cambridge, 2004; M. R. SAULLE, *L’immigrazione e l’asilo nell’Europa allargata*, in M. R. SAULLE (a cura di), *L’Europa tra Costituzione, asilo e migrazione*, Napoli, 2004, p. 101 ss.; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell’Unione e libera circolazione delle persone*, cit., p. 219 ss.; S. BERTINI, *La politica europea in materia di immigrazione, asilo e libera circolazione delle persone: i rapporti con i Paesi terzi*, in G. BONVICINI, G. L. TOSATO (a cura di), *Le relazioni internazionali dell’Unione europea dopo i trattati di Amsterdam e Nizza*, Torino, 2003; A. LANG, *La politica comunitaria in materia di immigrazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 698 ss.; L. MANCA, *L’immigrazione nel diritto dell’Unione europea*, Milano, 2003; A. APA, N. CONTI, S. FARANO, S. TALEVI, *La comunitarizzazione delle politiche migratorie*, in *Quaderni di Studi Europei. Le migrazioni nelle relazioni internazionali*, vol. 1/2002, Milano, pp. 139-163; G. ROMEO, *L’immigrazione extra-UE fra politica e diritto nell’Unione europea*, in *CI*, fasc. 4/2002, pp. 635-647; J. WETS, *La dynamique migratoire internationale et son impact sur l’Europe*, in E. BORIBOSIA, REA A. (dir.), *Les nouvelles migrations - Un anjeu européen*, Bruxelles, 2002, p. 23 ss.; C. FAVILLI, *La comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su una politica comunitaria in materia di immigrazione: prime riflessioni*, in *Dir. immigr. cit.*, n. 1, 2001, pp. 54-64; E. GUILD, *Immigration Law in the European Community*, The Hague/London/Boston, 2001; E. GUILD,

istituzioni comunitarie un'ampia competenza in materia di “visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone”⁶⁹⁴ se pur con una serie di limiti di natura procedurale previsti in un primo periodo transitorio (terminato il 30 aprile 2004)⁶⁹⁵.

H. HARLOW (ed.), *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford-Portland, 2001; A. LIGUORI, *L'immigrazione e l'Unione europea*, in *DCSI*, fasc. 2/2000, pp. 427-452; P. J. KUIJPER, *Some legal problems associated with the communitarization of policy on visas, asylum and immigration under the Amsterdam Treaty and incorporation of the Schengen acquis*, in *CMLR*, 2000(37), pp. 345-366; B. NASCIMBENE, *L'Unione europea e i diritti dei cittadini dei Paesi terzi*, cit., pp. 511-525; U. VILLANI, *La politica dell'Unione europea in materia di immigrazione*, in *Il fenomeno dell'immigrazione clandestina. Aspetti penali e di prevenzione criminale*, Bari, 1997, p. 61 ss.

⁶⁹⁴ Sul contenuto del Titolo IV, v. in dettaglio G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, cit., p. 47 ss. Le novità introdotte dal Trattato di Amsterdam hanno costituito lo spunto per ulteriori dibattiti in materia di politiche comuni sull'immigrazione. In *primis*, occorre ricordare il Consiglio europeo speciale tenutosi a Tampere il 15 e 16 ottobre 1999, durante il quale viene ribadita con forza l'intenzione di far sempre più convergere le questioni dell'immigrazione e dell'asilo verso politiche comuni attraverso un programma pluriennale di interventi prioritari al fine di creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Il Consiglio proponeva una politica di maggiore apertura e trasparenza in materia di movimenti migratori basata su un'accurata valutazione dei flussi migratori attuali e futuri. Veniva inoltre indicata la necessità di promuovere politiche di integrazione al fine di eliminare la discriminazione nella vita economica, sociale e culturale e di arrivare così a garantire agli immigrati diritti e obblighi analoghi a quelli dei cittadini dell'Unione. Si riteneva che la stessa predisposizione di mezzi legali di ingresso, gestiti con chiarezza e trasparenza e il contestuale impegno nell'applicazione di legislazioni capaci di combattere il lavoro nero e lo sfruttamento economico dei migranti, costituiscano efficaci strumenti di contrasto all'immigrazione clandestina. Il Consiglio europeo del 5 novembre 2004 ha adottato il *Programma dell'Aja*, che subentra al precedente di Tampere individuando obiettivi e priorità per la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia fino al 2009. Conclusioni della Presidenza, 8 dicembre 2004, 14292/1/04 Rev. 1, p. 4 ss. V. pure a riguardo la Comunicazione della Commissione concernente un Piano d'azione in grado di tradurre gli obiettivi e le priorità del Programma e di stabilire un calendario per l'adozione di tutte le misure di intervento (COM(2005)184 def. del 10 maggio 2005) e la Relazione sull'attuazione del Programma dell'Aja per il 2006 (COM/2007/0373 def.) in cui la Commissione rileva alcuni progressi nei settori regolati dal primo pilastro come i diritti fondamentali, la cittadinanza, la giustizia civile, la strategia europea sulle droghe, asilo, immigrazione, visti e politiche di frontiera così come la lotta al terrorismo globale, mentre notevoli ritardi vengono registrati nel terzo pilastro. Per quanto riguarda l'attuazione a livello nazionale delle misure adottate, si registra un notevole ritardo nella trasposizione delle norme negli ordinamenti interni. Per un approfondimento sulla comunicazione del 2005, v. B. NASCIMBENE, C. FAVILLI, *Gli orientamenti comunitari*, in Undicesimo rapporto sulle migrazioni, ISMU, 2005, pp. 97-110.

⁶⁹⁵ Da notare che la “comunitarizzazione” del terzo pilastro ad opera del Trattato di Amsterdam non riguarda quelle disposizioni corrispondenti al titolo VI TUE (artt. 29-42) sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale che continuano ad essere regolate a livello intergovernativo. In argomento, v. I. INGRAVALLO, *Europol e le prospettive di rafforzamento del suo ruolo*, in *Quaderni del Dottorato di Ricerca in Diritto Internazionale e dell'Unione Europea*, 2006, p. 307 ss.

Pur non potendo procedere in tal sede ad una esaustiva analisi delle norme previste dal titolo IV, cercheremo tuttavia di descriverne brevemente il contenuto al fine di individuare gli aspetti più significativi della politica europea in materia di immigrazione⁶⁹⁶ anche alla luce delle recenti modifiche apportate dal progetto di riforma dei Trattati approvato dal Consiglio europeo di Lisbona nell'ottobre 2007⁶⁹⁷.

Ai sensi dell'art. 61 TCE gli Stati membri si impegnano ad “istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, adottando misure volte ad assicurare la libera circolazione delle persone, relative ai settori dell'asilo, dell'immigrazione e della salvaguardia dei diritti dei cittadini di Stati terzi (lett. *a* e *b*). Il trattato di riforma nel novellato art. 61 stabilisce che l'Unione “garantisce che non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi”⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ Per un commento, v. F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, cit., p. 297 ss.; A. LANG, *Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione dei lavoratori*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit., p. 433 ss.

⁶⁹⁷ Con riferimento al procedimento di revisione dei Trattati, il Consiglio europeo di Bruxelles del 21-22 giugno 2007 ha deciso di convocare una conferenza intergovernativa (CIG) incaricata di stabilire e di adottare un nuovo trattato sull'Unione europea (v. doc. 11218/07 del 26 giugno 2007 relativo al mandato della CIG). Il progetto di riforma elaborato dalla CIG è stato approvato durante il Consiglio europeo di Lisbona del 18-19 ottobre 2007 e sarà firmato dagli Stati membri nel dicembre 2007. Alla firma farà seguito il processo di ratifica in tutti i 27 paesi membri. Il nuovo progetto di trattato è consultabile sul sito http://europa.eu/reform_treaty/index_it.htm. Il progetto di trattato introduce un nuovo titolo IV denominato “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” che sostituisce il precedente relativo a visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone. Il nuovo titolo è costituito da cinque capi concernenti rispettivamente: le “Disposizioni generali” (Capo I); le “Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione” (Capo II); alla “Cooperazione giudiziaria in materia civile” (Capo III); alla “Cooperazione giudiziaria in materia penale” (Capo IV) e alla “Cooperazione di polizia” (Capo V).

⁶⁹⁸ Tali obiettivi eran stati ribaditi nel testo del *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa* (firmato a Roma il 29 ottobre 2004 ma attualmente in fase di revisione a causa della mancata ratifica da parte degli Stati membri), il cui originario art. III-257 prevedeva che l'Unione “garantisce che non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra gli Stati membri nonché equa nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi...” (Capo IV “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia”). Sul contenuto del “vecchio” Trattato costituzionale con riferimento alle politiche migratorie, v. H. LABAYLE, *L'espace de*

Il titolo IV del vigente Trattato sulla Comunità europea prevede l'adozione di misure volte: a garantire l'eliminazione dei controlli sulle persone all'attraversamento delle frontiere interne (art. 62.1); a stabilire le procedure uniformi di controllo delle frontiere esterne (art. 62.2 lett. a)⁶⁹⁹, le condizioni per la concessione di visti di breve durata (lett. b), e le misure idonee a determinare a quali condizioni i cittadini dei Paesi terzi hanno libertà di spostarsi all'interno del territorio degli Stati membri per un periodo superiore a tre mesi. L'art. 62 TCE è stato sostituito dall'art. 69 del trattato di riforma del 2007 che introduce la previsione relativa allo sviluppo di una politica volta ad “instaurare progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne” attraverso l'adozione di specifiche misure adottate dal Parlamento e dal Consiglio secondo la procedura legislativa ordinaria (para. 1 lett. c)⁷⁰⁰.

liberté, sécurité et justice dans la Constitution pour l'Europe, in RTDE, 2005, p. 636 ss.; H. LABAYLE, *L'espace de liberté, sécurité et justice*, in M. DONY, E. BRIBOSIA (edite par), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Bruxelles, 2005, p. 279 ss.; B. NASCIMBENE, *Il Progetto di Costituzione europea e l'immigrazione*, in *Dir. immigr. cit.*, 1/2004, p. 13 ss.; B. NASCIMBENE, *L'espace de liberté, de sécurité et de justice dans une perspective constitutionnelle européenne*, in L. S. ROSSI (sous la direction de), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne. Le projet de Traité-Constitution*, Bruxelles, 2004, p. 265 ss. Il novellato art. 61 del trattato di riforma del 2007 afferma che: “l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti e tradizioni giuridici degli Stati membri. 2. Essa garantisce che non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi. Ai fini del presente titolo gli apolidi sono equiparati ai cittadini dei paesi terzi...”.

⁶⁹⁹ Tra i provvedimenti legislativi adottati dalla Comunità in conformità alla norma in oggetto, si v. il regolamento del Consiglio n. 2007 del 26 ottobre 2004 che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (in GUUE L 349 del 25 novembre 2004); il regolamento del Parlamento e del Consiglio n. 863 dell'11 luglio 2007 che istituisce un meccanismo per la creazione di squadre di intervento rapido alle frontiere e modifica il reg. CE n. 2007/2004 limitatamente a tale meccanismo e disciplina i compiti e le competenze degli agenti distaccati (in GUUE L 199 del 31 luglio 2007); il regolamento del Consiglio n. 562 del 15 marzo 2006 che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen) (in GUUE L 105 del 13 aprile 2006).

⁷⁰⁰ L'art. 62 è stato sostituito dall'art. 69 che prevede che l'Unione sviluppi una politica volta a: “a) garantire che non vi siano controlli sulle persone, a prescindere dalla cittadinanza, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne; b) garantire il controllo delle persone e la sorveglianza efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne; c) instaurare progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne. 2. Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure riguardanti: a) la politica comune dei visti e di altri titoli di soggiorno di breve durata; b) i controlli ai quali sono sottoposte le persone che attraversano le

Per quanto riguarda la politica in materia di asilo, l'art. 63 TCE affida al Consiglio il compito di adottare: specifiche misure nel rispetto della Convenzione di Ginevra (1951) e del Protocollo del 1967 relativi allo *status* di rifugiati, e degli altri trattati pertinenti⁷⁰¹; norme comuni per determinare quale Stato membro sia competente per l'esame di una domanda di asilo⁷⁰²; norme minime sull'accoglienza dei richiedenti asilo, sulle procedure per la concessione e la revoca dello *status* di rifugiato, nonché sull'attribuzione della qualifica di rifugiato (art. 63.1 lett. *c* e *d*); nonché norme sulla protezione temporanea degli sfollati, cioè di cittadini "di Paesi terzi che non possono ritornare nel paese di origine e per le persone che altrimenti necessitano di protezione internazionale" (para. 2). A questo proposito, il trattato di riforma del 2007, dopo aver stabilito che "l'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento" (art. 69A.1), definisce gli ambiti entro i quali il Parlamento e il Consiglio sono tenuti ad adottare le misure relative a un *sistema europeo comune di asilo*⁷⁰³.

frontiere esterne; c) le condizioni alle quali i cittadini dei paesi terzi possono circolare liberamente nell'Unione per un breve periodo; d) qualsiasi misura necessaria per l'istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne; e) l'assenza di controllo sulle persone, a prescindere dalla cittadinanza, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne".

⁷⁰¹ Benché l'espressione "altri trattati pertinenti" sia riferita esclusivamente al settore dell'asilo (lasciando così presupporre che in materia di immigrazione il rispetto dei diritti fondamentali sia da ricondurre all'art. 6 TUE ed in particolare alla CEDU), il riferimento alle convenzioni internazionali sui diritti umani deve essere inteso in senso più ampio, ossia comprensivo di tutte quelle disposizioni inerenti l'ingresso, il trattamento e l'espulsione degli stranieri (sebbene quest'ultime non riguardino direttamente l'asilo). Cfr., G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, cit., p. 37 ss. In particolare, sulla politica comunitaria in materia di asilo, v. C. TEITGEN-COLLY, *The European Union and Asylum: An Illusion of Protection*, in *CMLR*, 43/2006, pp. 1503-1566.

⁷⁰² Sul piano internazionale, per mezzo della Convenzione di Dublino del 1990, è stato stabilita la determinazione di un unico Stato responsabile per l'esame di una domanda d'asilo. Con il protocollo di Bonn 26/04/1994 si è stabilito che dal momento dell'entrata in vigore della convenzione di Dublino cessano di essere applicabili le norme concernenti la stessa materia contenute nella Convenzione di Schengen.

⁷⁰³ Il paragrafo 2 dell'art. 69A stabilisce che: "Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le

Per quanto riguarda la politica in materia di immigrazione, il paragrafo 3 dell'art. 63 del vigente TCE prevede l'adozione di misure riguardanti le condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di Stati terzi (concessione di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno a scopo di ricongiungimento familiare), nonché di norme concernenti "l'immigrazione e il soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare" (lett. b)⁷⁰⁴.

A tal riguardo, giova menzionare alcune delle novità introdotte dal trattato di riforma. In particolare, l'art. 69B.1 afferma espressamente che "l'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione clandestina e della tratta degli esseri umani"⁷⁰⁵. Inoltre, il nuovo trattato prevede la conclusione da parte dell'Unione di accordi internazionali in materia di riammissione di cittadini dei Paesi terzi che non soddisfino le condizioni per l'ingresso, la presenza o il

misure relative a un sistema europeo comune di asilo che includa: a) uno status uniforme in materia di asilo a favore di cittadini di paesi terzi, valido in tutta l'Unione; b) uno status uniforme in materia di protezione sussidiaria per i cittadini di paesi terzi che, pur senza il beneficio dell'asilo europeo, necessitano di protezione internazionale; c) un sistema comune volto alla protezione temporanea degli sfollati in caso di afflusso massiccio; d) procedure comuni per la concessione e la revoca dello status uniforme in materia di asilo o di protezione sussidiaria; e) criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo o di protezione sussidiaria; f) norme concernenti le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo o protezione sussidiaria; g) il partenariato e la cooperazione con paesi terzi per gestire i flussi di richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea".

⁷⁰⁴ In generale sul tema, B. NASCIMBENE, *L'éloignement et la détention des étrangers dans les pays membres de l'Union européenne*, Milano, 2001.

⁷⁰⁵ Le misure adottate dal Parlamento e dal Consiglio a tal scopo sono definite al paragrafo 2 dell'art. 69B, in cui si legge: "Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure nei seguenti settori: a) condizioni di ingresso e soggiorno e norme sul rilascio da parte degli Stati membri di visti e di titoli di soggiorno di lunga durata, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare; b) definizione dei diritti dei cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro, comprese le condizioni che disciplinano la libertà di circolazione e di soggiorno negli altri Stati membri; c) immigrazione e soggiorno irregolari, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare; d) lotta contro la tratta degli esseri umani, in particolare donne e minori".

soggiorno nel territorio di uno degli Stati membri (par. 3) al fine di contrastare la diffusione del fenomeno dell'immigrazione clandestina.

4.1.1 Cenni sulla competenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee con riferimento agli atti ex Titolo IV TCE e sviluppi recenti

Nell'ambito delle novità introdotte dal Trattato di Amsterdam in materia di immigrazione, particolare attenzione merita la norma che attribuisce alla Corte di giustizia alcune competenze in relazione agli atti adottati sulla base delle disposizioni del titolo IV (art. 68)⁷⁰⁶.

In particolare, il paragrafo 1 della norma in questione introduce una deroga all'art. 234 del Trattato che disciplina le competenze pregiudiziali della Corte. Essa prevede, infatti, che le giurisdizioni nazionali non di ultima istanza non abbiano la facoltà di sollevare questioni pregiudiziali nei settori contemplati dal titolo IV⁷⁰⁷. A nostro avviso, ciò incide negativamente sull'efficacia del

⁷⁰⁶ La norma stabilisce che: "l'art. 234 si applica al presente titolo...quando è sollevata, in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, una questione concernente l'interpretazione del presente titolo oppure la validità o l'interpretazione degli atti delle istituzioni della Comunità fondati sul presente articolo, tale giurisdizione, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su tale punto, domanda alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione" (para. 1). Da notare che ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 68 la Corte di giustizia non sarebbe competente a pronunciarsi sulle misure o decisioni adottate a norma dell'art. 62.1 in materia di mantenimento dell'ordine pubblico e di salvaguardia della sicurezza interna.

⁷⁰⁷ A riguardo, va ricordato che l'art. 67.2 secondo trattino TCE prevede che il Consiglio, trascorso il periodo transitorio di cinque anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, deve prendere una decisione al fine di adattare le disposizioni relative ai settori contemplati dal titolo IV alle competenze della Corte di giustizia. Non avendo proceduto il Consiglio in tal senso, la Commissione in una recente comunicazione ribadisce la necessità di consentire anche alle giurisdizioni non di ultima istanza di sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte in relazione alle disposizioni del Titolo IV del Trattato CE (COM(2006)346 def. "per adattare le disposizioni del titolo IV del trattato che istituisce la Comunità europea relative alle competenze della Corte di giustizia, per una tutela giurisdizionale più effettiva", del 28 giugno 2006). In allegato alla comunicazione, la Commissione presenta un progetto di decisione del Consiglio "che adatta le disposizioni relative alla Corte di giustizia nei settori contemplati al titolo IV della parte terza del trattato che istituisce la Comunità europea". La proposta di decisione si propone di abrogare l'art. 68 TCE consentendo, così, l'applicazione dell'art. 234 a qualsiasi domanda presentata da una giurisdizione nazionale alla Corte di giustizia affinché si pronunci su una questione relativa all'interpretazione del titolo IV dellaparte terza del trattat o sulla validità e sull'interpretazione degli atti adottati dalle istituzioni della Comunità in base a tale titolo. A tal riguardo il Parlamento europeo ha presentato una proposta di risoluzione legislativa con la quale approva il progetto di decisione del Consiglio in quanto idonea a garantire l'interpretazione e l'applicazione uniforme del diritto comunitario nei settori

sistema giudiziario comunitario nel suo complesso, poiché rende meno incisivo il controllo indiretto sull'adempimento da parte degli Stati membri degli obblighi comunitari⁷⁰⁸. Per quanto riguarda il rinvio da parte delle giurisdizioni di ultima istanza, l'art. 68 riconosce la possibilità che venga sollevata una questione pregiudiziale ma non chiarisce se sussista o meno un obbligo di rinvio per le giurisdizioni di ultima istanza (come previsto dall'art. 234). Sul piano della libera circolazione delle persone, un simile meccanismo determina un diverso livello di tutela giurisdizionale a seconda che si tratti di lavoratori comunitari o extracomunitari. Nel caso dei primi, infatti, i cui diritti sono disciplinati dal titolo III TCE, il rinvio alla Corte potrà essere chiesto nell'ambito di qualsiasi grado di giudizio (distinguendo le situazioni in cui sussiste un vero e proprio obbligo di rinvio da quelle meramente facoltative); al contrario, la tutela accordata ai cittadini extracomunitari sarà condizionata alla facoltà del giudice di ultima istanza di rinviare o meno in via pregiudiziale alla Corte di giustizia questioni riguardanti la disciplina del titolo IV⁷⁰⁹.

Tale quadro di riferimento, tuttavia, deve essere analizzato alla luce dei più recenti sviluppi che hanno riguardato il processo di integrazione comunitaria. Non potendo in questa fase dedicare ampio spazio alla questione, ci limitiamo

contemplati dal titolo IV. Il PE, inoltre, osserva che la piena applicazione della procedura di rinvio pregiudiziale al titolo IV rafforzerà la tutela giurisdizionale delle persone interessate ed "invita il Consiglio ad accelerare l'attivazione delle clausole passerella, al fine di sopprimere i limiti alle competenze della Corte di giustizia in relazione al titolo IV del trattato" (doc. PE382.638v0300 del 27 marzo 2007).

⁷⁰⁸ Per un'analisi delle competenze della Corte di Giustizia in riferimento al Titolo IV del Trattato di Amsterdam, cfr. G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, cit., p. 86 ss.; L. DANIELE, *Articolo 68 TCE*, in A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, cit., p. 460 ss.; L. GAROFALO, *Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di Giustizia secondo l'art. 68 del Trattato CE*, in *DUE*, 2000, p. 804 ss.; A. MARTINET, *Article 68*, in P. LEGER, *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bâle, 2000, p. 595; P. BIAVATI, *Prime note sulla giurisdizione comunitaria dopo il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. tr. dir. proc. civ.*, 1998, p. 805 ss.; C. CURTI GIALDINO, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il trattato di Amsterdam*, in *RDE*, 1998; A. TIZZANO, *Il trattato di Amsterdam*, Padova, 1998, p. 79; H. LABAYLE, *Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, p. 154 ss.

⁷⁰⁹ Cfr. G. BASCHERINI, *Europa, cittadinanza, immigrazione*, cit., p. 785. In particolare sulle competenze pregiudiziali della Corte di Giustizia in materia di tutela dei cittadini extracomunitari, cfr. P. PALLARO, *Politiche nazionali dell'immigrazione, diritti dei cittadini*

a segnalare taluni aspetti di rilievo. In primis, occorre osservare che il trattato di riforma del 2007 riprende quanto già era stato fatto dal *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa* in merito alla eliminazione, grazie alla “unionizzazione” dei pilastri, dei limiti imposti alle giurisdizioni non di ultima istanza con riferimento alla procedura di rinvio pregiudiziale in relazione agli atti adottati ai sensi del titolo IV⁷¹⁰. Si tratta di un orientamento che mira al rafforzamento della tutela giurisdizionale dei singoli in settori particolarmente sensibili al rispetto dei diritti fondamentali (quali immigrazione ed asilo), nonché alla uniforme applicazione ed interpretazione del diritto comunitario. In secondo luogo, meritano riguardo i recenti tentativi di introdurre un procedimento che consenta alla Corte di giustizia di pronunciarsi rapidamente su questioni pregiudiziali relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A tal proposito, la Corte ha avviato una riflessione sull'introduzione di un *procedimento pregiudiziale d'urgenza* da utilizzare nelle cause che riguardano tale settore, allorché l'urgenza di statuire non consenta, materialmente, di rispettare i termini di un procedimento normale o di un procedimento accelerato⁷¹¹. Tale nuova procedura, limitando e semplificando le fasi del

extra-comunitari e competenze pregiudiziali della Corte di Giustizia: Quali tutele offre il diritto comunitario?, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, pp. 329-365.

⁷¹⁰ Il trattato di riforma, infatti, stabilisce che il Capo V del novellato Titolo IV dedicato alla “Cooperazione di polizia” (artt. 69J-69K) sostituisce interamente gli artt. 68 e 69 dell'attuale Trattato CE. Tuttavia, il nuovo trattato chiarisce che “nell'esercizio delle attribuzioni relative alle disposizioni delle sezioni 4 e 5 e del titolo III, capo IV concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la Corte di giustizia dell'Unione europea non è competente a esaminare la validità o la proporzionalità di operazioni effettuate dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o l'esercizio delle responsabilità incumbenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna” (art. 240 *ter*).

⁷¹¹ V. a riguardo il *Documento di riflessione relativo al trattamento delle questioni pregiudiziali concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia* (doc. B-1048 del 25 settembre 2006) e il relativo supplemento del 14 dicembre 2004 in cui la Corte illustra i motivi che giustificano l'introduzione di un procedimento pregiudiziale d'urgenza. La Corte ritiene necessario creare un nuovo tipo di procedimento che consenta di trattare una causa entro un termine ancora più breve di quello previsto nel procedimento accelerato ex art. 104 *bis* del regolamento di procedura. Poiché il procedimento d'urgenza proposto per i rinvii pregiudiziali nei settori di cui al titolo VI TUE e al titolo IV della parte III del TCE costituirebbe una deroga alle disposizioni dello Statuto della Corte, quest'ultima ha trasmesso al Consiglio un progetto di modifiche dello statuto che prevede all'art. 23 *bis* che “nel regolamento di procedura possono essere previsti un procedimento accelerato e, per i rinvii pregiudiziali in determinati settori, un procedimento d'urgenza in deroga alle disposizioni degli articoli 20 e

procedimento pregiudiziale, garantirebbe al singolo una più efficace tutela giurisdizionale in relazione alle domande aventi ad oggetto questioni relative a visti, asilo, immigrazione o cooperazione giudiziaria in materia civile e penale.

4.2 Norme derivate applicabili in materia di ingresso e di soggiorno dei cittadini dei Paesi terzi

4.2.1. La direttiva sul diritto al ricongiungimento familiare

L'ingresso dei cittadini di Paesi terzi nel territorio dell'Unione a scopo di riunificazione familiare costituisce la forma più diffusa e costante di immigrazione. Inizialmente riconosciuto ai lavoratori comunitari subordinati⁷¹², tale diritto è stato esteso anche ad altre categorie di soggetti⁷¹³ in relazione al più generale concetto di libera circolazione all'interno del territorio dell'Unione. Le norme comunitarie, infatti, tendono a riconoscere tale diritto come funzionale all'esercizio di una delle libertà fondamentali riconosciute dal Trattato⁷¹⁴. Pertanto, garantire al cittadino comunitario la riunificazione familiare (quale che sia la cittadinanza del proprio familiare), significherebbe non ostacolare la libera circolazione delle persone sul territorio dell'Unione⁷¹⁵. Ne deriva che talune norme comunitarie riconoscono, se pur

23 dello statuto". Inoltre, la Corte ha sottoposto all'approvazione del Consiglio le modifiche al regolamento di procedura riguardo l'introduzione di un procedimento pregiudiziale d'urgenza per talune domande di pronuncia pregiudiziale relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (doc. B-1048 del 05 luglio 2007).

⁷¹² A riguardo, v. l'art. 10 del regolamento n. 1612/68 (abrogato dalla citata direttiva 2004/38 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri).

⁷¹³ Rilevano in proposito, l'art. 1 della direttiva 73/148 del 21 maggio 1973 (in GUCE L 172 del 28 giugno 1973, p. 14 ss.) con riferimento ai cittadini dell'Unione che esercitano il diritto di stabilimento e di prestazione dei servizi; l'art. 1 della direttiva 90/365 del 28 giugno 1990 (in GUCE L 180 del 13 luglio 1990, p. 26 ss.) con riferimento al soggiorno dei lavoratori che abbiano cessato la propria attività lavorativa; e l'art. 2.2 della direttiva 93/96 del 29 ottobre 1993 (in GUCE L 317, del 18 dicembre 1993, p. 59 ss.) relativa al soggiorno degli studenti.

⁷¹⁴ In tal senso, v. le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee 7 luglio 1992, *The Queen c. Singh*, Causa C-370/90, in Racc. pag. I-5625 ss., punto 15, e 11 luglio 2002, *Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, Causa C-60/00, in Racc. pag. I-6279, punto 38.

⁷¹⁵ La direttiva 2004/38 afferma che "il diritto di ciascun cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri presuppone, affinché possa essere esercitato in oggettive condizioni di libertà e di dignità, la concessione di un analogo diritto ai familiari, qualunque sia la loro cittadinanza" (*V considerando*).

indirettamente, un diritto d'ingresso e di soggiorno ai cittadini extracomunitari che intendono risiedere nel territorio dello Stato membro che ospita il proprio familiare cittadino comunitario⁷¹⁶.

Il diritto al ricongiungimento familiare, che come abbiamo avuto modo di notare in precedenza non viene riconosciuto esplicitamente come tale negli strumenti internazionali a tutela dei diritti umani⁷¹⁷, assume particolare rilevanza nell'ordinamento giuridico dell'UE in quanto il suo godimento è

⁷¹⁶ A titolo di esempio si considerino gli artt. 3.2, 5.1, 6.2, 7.2, 12, e 13 della direttiva 2004/38.

⁷¹⁷ In ambito europeo, la *Carta dei diritti fondamentali dell'UE* non prevede espressamente il diritto al ricongiungimento, bensì, sulla scorta degli strumenti normativi internazionali, tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 7) e il diritto di sposarsi e costituire una famiglia (art. 9); nessun riferimento, invece, alla famiglia come nucleo fondamentale della società. In dottrina, sulla Carta si veda l'ampia bibliografia: R. GARABELLO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, cit., pp. 547-568; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *DUE*, 2004, p. 73 ss.; L.S. ROSSI, *Carta dei diritti fondamentali e costituzione europea*, Milano, 2002; I. VIARENGO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in B. NASCIMBENE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, cit., p. 197 ss.; L. BETTEN, *The EU Charter on Fundamental Rights: a Trojan Horse or a Mouse?*, in *Int'l J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.*, vol. 17/2, 2001, p. 151-164; F. POCAR, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità*, cit., p. 1178 ss.; G. TELESE, *Dal Trattato di Amsterdam alla proclamazione della Carta dei diritti dell'Unione europea: recenti sviluppi nella codificazione dei diritti fondamentali in ambito comunitario*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2001, p. 100 ss.; G. SACERDOTI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: dall'Europa degli Stati all'Europa dei cittadini*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4, 2000, p. 1389 ss. Sul valore giuridico della Carta, v. E. PAGANO, *Il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali e le competenze dell'Unione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 1723 ss.; B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione europea*, cit., p. 3; C. DI TURI, *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, vol. 4, 2002, p. 671; R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *CP*, 2002, p. 1881; L. FERRARI BRAVO, F. M. DI MAJO, A. RIZZO (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea commentata con la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti*, Milano, 2001; E. PAGANO, *Sui rapporti tra la Carta e i principi fondamentali elaborati dalla Corte di Giustizia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 177 ss.; B. NASCIMBENE, *Quale strumento giuridico per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?*, in *GI*, 2000, p. 567 ss. Per un'esame delle disposizioni della Carta che conferiscono diritti agli stranieri, v. J. CARLIER, *La place des ressortissants de Pays tiers dans la Charte*, in J. CARLIER, O. DE SCHUTTER, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe. Hommage à Silvio Marens Helman*, Bruxelles, 2002, p. 179 ss.; S. PEERS, *Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights*, in *EJML*, 3/2001, p. 159 ss.

stato esteso anche ai cittadini dei Paesi terzi legalmente residenti nel territorio di uno Stato membro dell'Unione⁷¹⁸.

La disciplina in materia di ricongiungimenti familiari trova attuazione in una recente direttiva del Consiglio⁷¹⁹ adottata in conformità all'art. 63.3 lett. a TUE⁷²⁰. Tale strumento, teso alla determinazione delle condizioni per l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare da parte del "soggiornante" (art. 1)⁷²¹, contribuisce alla tutela dell'"unità familiare"⁷²² riconoscendo, altresì, una serie di garanzie in favore dei cittadini

⁷¹⁸ Sull'argomento, v. R. CHOLEWINSKI, *Family Reunification and Conditions Placet on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right*, in *EJML*, 4/2002, pp. 271-290; G. BRINKMANN, *Family Reunion, Third Country Nationals and the Community's New Powers*, in E. GUILD, C. HARLOW (eds.), *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, 2001, pp. 241-266.

⁷¹⁹ Direttiva 2003/86/CE, cit. In una recente sentenza, la Corte di Giustizia delle Comunità europee si è pronunciata sul ricorso presentato dal Parlamento europeo circa la richiesta di annullamento degli artt. 4, 6, e 8 della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare (27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, Racc. pag. I-5769). Nel caso di specie, il PE ritiene che le disposizioni impugnate non rispetterebbero i diritti fondamentali, e in particolare il diritto alla vita familiare come garantito nell'art. 8 della CEDU, ed interpretato dalla CGCE come comprensivo parimenti del diritto al ricongiungimento familiare (sentenze 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*, cit., punto 42, e 23 settembre 2003, causa C-109/01, *Akrich*, Racc. pag. I-9607, punto 59). La Corte, ha avuto modo di chiarire che le disposizioni impugnate dalle quali discendono obblighi positivi precisi in materia di ricongiungimento, non risultano in contrasto con il diritto al rispetto della vita familiare, in quanto occorre tenere conto del potere discrezionale che ciascuno Stato conserva nel determinare in ogni singola fattispecie i criteri di integrazione e nel ponderare gli interessi in gioco (paras. 61-62, 84-90, 97-98). Per un commento alla sentenza *Parlamento c. Consiglio*, v. M. BALBONI, L. FICCHI, *Rassegna di giurisprudenza (periodo 1 luglio - 31 dicembre 2006)*, in *Dir. immigr. cit.*, 4/2006, p. 107 ss.; B. MASSON, *L'harmonisation des conditions du regroupement familial: la Cour fait la leçon sur le titre IV CE (Note sous CJCE, 27 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne)*, in *RTDE*, 42(4), 2006, pp. 673-685.

⁷²⁰ Per un commento alla norma, v. A. DI PASCALE, *Articolo 63*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit., p. 449.

⁷²¹ L'art. 2 della direttiva chiarisce il significato del termine "soggiornante", ossia "il cittadino di un paese terzo legalmente soggiornante in uno Stato membro che chiede o i cui familiari chiedono il ricongiungimento familiare" (lett. c); e dell'espressione "ricongiungimento familiare", inteso come "l'ingresso e il soggiorno in uno Stato membro dei familiari di un cittadino di un paese terzo che soggiorna legalmente in tale Stato membro, al fine di conservare l'unità familiare, indipendentemente dal fatto che il legame familiare sia anteriore" (lett. d).

⁷²² Nel preambolo alla direttiva si afferma che "le misure in materia di ricongiungimento familiare dovrebbero essere adottate in conformità con l'obbligo di protezione della famiglia e di rispetto della vita familiare che è consacrato in numerosi strumenti di diritto internazionale (para. 2); e che "il ricongiungimento familiare è uno strumento necessario per permettere la vita familiare" in quanto "contribuisce a creare una stabilità socioculturale che facilita l'integrazione dei cittadini di paesi terzi negli Stati membri..." (para. 4).

extracomunitari che intendono ricongiungersi ai propri familiari residenti in uno Stato membro (art. 14)⁷²³.

Vale la pena soffermarsi su alcuni aspetti che contribuiscono in maniera significativa al riavvicinamento delle legislazioni nazionali in *subiecta materia*.

Anzitutto, occorre precisare che la direttiva in esame trova applicazione nei confronti di quei soggetti “titolari di un permesso di soggiorno rilasciato da uno Stato membro per un periodo di validità pari o superiore a un anno”, che hanno una “fondata prospettiva di ottenere il diritto di soggiornare in modo stabile” (art. 3.1), intendendo così escludere, almeno in linea di principio, dall'esercizio del diritto al ricongiungimento coloro che, soggiornando temporaneamente, non hanno possibilità di rinnovo del permesso⁷²⁴.

Lo strumento in questione accoglie una nozione di “familiare” apparentemente restrittiva se paragonata a quella indicata dalla citata direttiva 2004/38 relativamente ai ricongiungimenti dei cittadini dell'Unione⁷²⁵, laddove autorizza l'ingresso e il soggiorno in uno Stato membro limitatamente al coniuge del soggiornante; ai figli minori (compresi i figli adottati); e ai figli

⁷²³ Per un'attenta descrizione del contenuto della direttiva 2003/86, cfr. D. RINOLDI, *Una Little family of Nations? Integrazione europea, circolazione internazionale di persone, legami familiari*, in D. RINOLDI (a cura di), *Questioni di diritto delle migrazioni fra diritto europeo, diritto internazionale e diritto interno*, Milano, 2007, p. 14 ss.; S. QUADRI, *Le migrazioni internazionali*, cit., pp. 188 ss.; G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, cit., p. 154 ss.; N. COLACINO, *Il diritto al ricongiungimento familiare e la disciplina introdotta dalla Direttiva 2003/86/CE*, in M. R. SAULLE (a cura di), *L'Europa tra Costituzione, asilo e migrazione*, cit., p. 133 ss. Per un commento alla normativa italiana di recepimento della direttiva v. A. DI PASCALE, M. PASTORE, *Il recepimento delle direttive sul ricongiungimento familiare e sui soggiornanti di lungo periodo*, in *Dir. immigr. cit.*, 1/2007, p. 13 ss.

⁷²⁴ Sono escluse dalla sfera di applicazione della suddetta direttiva quelle situazioni in cui il soggiornante: a) chiede il riconoscimento dello status di rifugiato e la sua domanda non è ancora stata oggetto di una decisione definitiva; b) è autorizzato a soggiornare in uno Stato membro in virtù di una protezione temporanea o ha chiesto l'autorizzazione a soggiornare per questo stesso motivo ed è in attesa di una decisione sul suo status; c) è autorizzato a soggiornare in uno Stato membro in virtù di forme sussidiarie di protezione, conformemente agli obblighi internazionali, alle legislazioni nazionali o alle prassi degli Stati membri, o abbia richiesto l'autorizzazione a soggiornare per lo stesso motivo ed è in attesa di una decisione sul suo status (art. 3.2); nonché i familiari di cittadini dell'Unione (para. 3).

⁷²⁵ L'art. 2.2 della direttiva 2004/38 stabilisce che per “familiare” deve intendersi: il coniuge; il partner che abbia contratto con il cittadino UE un'unione registrata sulla base

affidati al soggiornante o ad entrambi i genitori, a condizione che l'altro titolare dell'affidamento abbia dato il suo consenso (art. 4.1)⁷²⁶.

Ciascun familiare che intende presentare una domanda di ricongiungimento familiare dovrà, su richiesta dello Stato membro interessato, dimostrare che il soggiornante disponga di un alloggio, di un'assicurazione e di risorse stabili e regolari sufficienti per mantenere se stesso e i suoi familiari (art. 7.1); condizioni cui il ricongiungimento è sicuramente subordinato, ma che non incidono sul potere statale di respingere una domanda di ingresso o, eventualmente, di revocare il permesso di soggiorno dei familiari per ragioni di ordine pubblico, di sicurezza e sanità pubbliche (art. 6 paras. 1 e 2).

A seguito dell'accettazione della domanda, lo Stato membro autorizza l'ingresso e il soggiorno del familiare agevolando il rilascio del visto e, successivamente, di un permesso valido per un anno (art. 13.1). Tale situazione, determina il riconoscimento da parte del medesimo Stato di una serie di diritti in favore dei familiari del soggiornante; in particolare, l'accesso all'istruzione, ad un'attività lavorativa dipendente o autonoma, all'orientamento, alla formazione, e all'aggiornamento professionale (art. 14.1).

Tuttavia, la direttiva prevede che gli Stati membri possano decidere in base alla legislazione nazionale le condizioni alle quali i familiari possono esercitare un'attività lavorativa dipendente o autonoma⁷²⁷, o limitare l'accesso

delle legislazione dello Stato membro; i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o del partner; gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner.

⁷²⁶ Infatti, occorre precisare che la direttiva sul ricongiungimento riconosce agli Stati membri la facoltà di autorizzare l'ingresso e il soggiorno degli ascendenti diretti di primo grado del soggiornante o del suo coniuge, quando sono a carico di questi ultimi e non dispongono di un adeguato sostegno familiare nel paese d'origine; e dei figli adulti non coniugati del soggiornante o del suo coniuge, qualora obiettivamente non possano sovvenire alle proprie necessità in ragione del loro stato di salute (art. 4.2). Inoltre, essi possono, per via legislativa o regolamentare, autorizzare l'ingresso e il soggiorno del partner non coniugato cittadino di un paese terzo che abbia una relazione stabile duratura debitamente comprovata con il soggiornante, o del cittadino di un paese terzo legato al soggiornante da una relazione formalmente registrata, nonché dei figli minori non coniugati, anche adottati, di tali persone, come pure i figli adulti non coniugati di tali persone, qualora obiettivamente non possano sovvenire alle proprie necessità in ragione del loro stato di salute (para. 3).

⁷²⁷ La disposizione prevede, inoltre, che "tali condizioni hanno un termine che non può comunque eccedere dodici mesi, durante il quale gli Stati membri possono valutare la situazione del proprio mercato del lavoro prima di autorizzare i familiari ad esercitare un'attività dipendente o autonoma" (art. 14.2).

ad un'attività lavorativa dipendente o ad un'attività autonoma da parte degli ascendenti diretti di primo grado e dei figli maggiorenni non coniugati (art. 14.3).

Pur contribuendo in maniera sostanziale all'integrazione dei cittadini dei Paesi terzi, la direttiva in questione tuttavia non scalfisce il potere discrezionale dello Stato in tema di allontanamento dello straniero dal momento che nessuna sua disposizione impone agli Stati membri di introdurre nelle proprie legislazioni interne appositi mezzi di ricorso in caso di non accoglimento delle richieste di ricongiungimento. Tale aspetto potrebbe indurre a ritenere che la direttiva in esame si limiti a definire delle condizioni minime piuttosto che sancire un vero e proprio diritto al ricongiungimento.

4.2.2. *Lo status di residente di lungo periodo*

Con riferimento all'attività legislativa delle istituzioni comunitarie volta a riconoscere situazioni soggettive anche nei confronti dei cittadini extracomunitari, giova menzionare anche la direttiva del Consiglio *relativa allo status dei cittadini di Paesi terzi residenti di lungo periodo*⁷²⁸ che mira a riconoscere a tali soggetti diritti equivalenti a quelli dei cittadini europei.

⁷²⁸ Dir. 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003, in GUCE L 16/44 del 23 gennaio 2004, attuata in Italia con D.Lgs. 8 gennaio 2007, n. 3, in GURI 30 gennaio 2007, n. 24. Per un commento alla direttiva comunitaria, v. M. BELL, *Civic Citizenship and Migrant Integration*, in *EPL*, vol. 13(2), 2007, p. 318 ss.; D. LIAKOPOULOS, *La libera circolazione dei cittadini dei paesi terzi nel breve e lungo periodo a confronto con la situazione dei cittadini comunitari*, in *Gli stranieri*, 2/2007, p. 107 ss.; G. CAGGIANO, *I diritti dei lavoratori migranti secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in C. ZANGHÌ (a cura di), *Immigrati e rifugiati nel Mediterraneo. La situazione in Sicilia*, Torino, 2003, p. 15; B. NASCIBENE, C. FAVILLI, *Gli orientamenti comunitari*, in *Nono rapporto ISMU*, 2003, pp. 85-87. Per un commento al decreto legislativo, v. A. DI PASCALE, M. PASTORE, op. cit., p. 16; M. VRENNA, *Prime considerazioni sul Decreto Legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 "Attuazione della direttiva n. 2003/109/CE relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo"*, in *Gli stranieri*, 1/2007, p. 24 ss. e inoltre sia consentito rinviare a F. MORRONE, *L'ordinamento giuridico italiano introduce il permesso di soggiorno per i cittadini dei paesi terzi residenti di lungo periodo*, in *DCSI*, 4/2006, pp. 781-787. Le istituzioni comunitarie si propongono, così, non solo di dare attuazione all'art. 63.4 TCE garantendo la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia mediante il riconoscimento della libertà di movimento dei cittadini di Paesi terzi che soggiornino regolarmente e per un periodo di tempo determinato in uno Stato membro, quanto di sviluppare ed attuare la politica dell'immigrazione rinviando al contenuto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La direttiva, infatti, contiene un chiaro riferimento all'art. 45 della Carta, secondo cui "la libertà di circolazione e di soggiorno può essere

La direttiva intende istituire, in attuazione dell'art. 63.4 TCE, uno *status* comune di residente di lungo periodo per i cittadini di Paesi terzi in situazione regolare a condizioni sostanzialmente analoghe in tutto il territorio comunitario, purché si verifichi quale presupposto fondamentale il soggiorno regolare ed effettivo in uno Stato membro⁷²⁹. La natura temporanea del soggiorno o la precaria situazione personale di alcuni soggetti, infatti, sono tra le cause ostative al riconoscimento dello status di soggiornante di lungo periodo. La sfera di applicazione della norma tende, infatti, ad escludere i cittadini di Paesi terzi che soggiornano per motivi di studio o di formazione professionale, i rifugiati e i richiedenti asilo in attesa di decisione, i lavoratori stagionali o i prestatori di servizi transfrontalieri, coloro che godono di una protezione temporanea o di una forma sussidiaria di protezione, e i residenti a scopo di studio o di formazione professionale (art. 3)⁷³⁰.

In virtù di tale *status*, al soggiornante di lungo periodo verrà riconosciuta una eguale tutela rispetto ai cittadini nazionali con riferimento all'esercizio di un'attività lavorativa subordinata o autonoma; alle condizioni di lavoro (licenziamento e retribuzione); all'istruzione e alla formazione professionale (compresi gli assegni scolastici e le borse di studio secondo il diritto

accordata, conformemente al Trattato che istituisce la Comunità europea, ai cittadini dei Paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio”.

⁷²⁹ Gli Stati conferiscono lo *status* di soggiornante di lungo periodo ai cittadini di Paesi terzi che hanno soggiornato legalmente e ininterrottamente per cinque anni nel loro territorio (art. 4) e che dispongono, per sé e per la propria famiglia, di risorse stabili e regolari sufficienti al sostentamento loro e dei loro familiari, nonché di un'assicurazione contro le malattie (art. 5).

⁷³⁰ Avendo considerato che al momento la direttiva esclude dal proprio ambito di applicazione quei soggetti che godono di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2004/83 (recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale), il Consiglio ha recentemente presentato una proposta di direttiva del che intende apportare una serie di modifiche alla direttiva 2003/109 al fine di estenderne il campo di applicazione ai beneficiari di protezione internazionale (COM(2007)298 del 6 giugno 2007). L'obiettivo della proposta, infatti, sarebbe quello di consentire anche ai beneficiari di protezione internazionale di ottenere lo status di lungo soggiornante alle stesse condizioni degli altri cittadini di paesi terzi. La direttiva menziona alcune delle cause che determinano la revoca o la perdita dello status, tra cui: la constatazione dell'acquisizione fraudolenta dello status di soggiornante di lungo periodo; l'adozione di un provvedimento di allontanamento; o l'assenza dal territorio della Comunità per un periodo di dodici mesi (art. 9.1). Inoltre, la norma consente agli Stati

nazionale); al riconoscimento di diplomi, certificati e altri titoli professionali, alle prestazioni sociali, all'assistenza sociale e alla sicurezza sociale⁷³¹; alle agevolazioni fiscali; all'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico; alla libertà di associazione, adesione e partecipazione a organizzazioni di lavoratori o datori di lavoro; al libero accesso a tutto il territorio dello Stato membro (art. 11).

Tuttavia, la normativa in esame ammette eventuali restrizioni al principio dell'eguaglianza di trattamento⁷³², laddove consente agli Stati membri di limitare l'accesso all'occupazione o alle attività autonome nei casi in cui, in conformità alla vigente legislazione comunitaria e nazionale, esso sia riservato ai nazionali, ai cittadini comunitari o appartenenti allo Spazio Economico Europeo (para. 3 lett. a); o di richiedere prova delle conoscenze linguistiche per l'accesso all'istruzione o alla formazione (lett. b⁷³³).

È, inoltre, prevista la possibilità che il soggiornante di lungo periodo risieda - per un periodo superiore ai tre mesi - nel territorio di un Stato membro diverso da quello che gli ha conferito tale *status* al fine di esercitare un'attività economica in qualità di lavoratore autonomo o dipendente, di frequentare corsi di studio o di formazione professionale o per altri scopi (art. 14).

membri di revocare lo status, senza procedere all'allontanamento, qualora il soggetto costituisca una minaccia per l'ordine pubblico (para. 3).

⁷³¹ Con riferimento al regime di sicurezza sociale applicabile ai cittadini di Paesi terzi nel territorio dell'Unione, ricordiamo che il regolamento n. 859/2003 del Consiglio del 14 maggio 2003 (in GUUE L 124 del 20 maggio 2003) estende le disposizioni del reg. n. 1408/71 (del 14 giugno 1971 pubblicato in GUUE L 149 del 5 luglio 1971, pp. 2-50) concernente l'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari e il relativo regolamento di applicazione (n. 547/72 del 21 marzo 1972 pubblicato in GU L 74 del 27 marzo 1972) anche ai cittadini di Paesi terzi cui tali disposizioni non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità purché siano legalmente soggiornanti nel territorio di uno degli Stati membri. Tali disposizioni in favore dei lavoratori extracomunitari restano tuttavia in vigore nonostante l'adozione del regolamento n. 883/2004 del Consiglio relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale (del 29 aprile 2004 pubblicato in GUUE L 166 del 30 aprile 2004) che abroga il precedente reg. n. 1408/71.

⁷³² La direttiva riconosce la facoltà per gli Stati membri di limitare la parità di trattamento in alcuni settori ai casi in cui il soggiornante di lungo periodo o il familiare abbia eletto dimora o risieda abitualmente nel suo territorio (art. 11.2).

⁷³³ La norma precisa che "access to university may be subject to the fulfilment of specific educational prerequisites".

Con riferimento a tale aspetto, dunque, ciascuno Stato è tenuto a riservare ai soggiornanti di lungo periodo provenienti da un altro Stato membro una serie di diritti. La direttiva comunitaria, in particolare, prevede (rinviano all'art. 11) che a seguito dell'acquisizione di un titolo di soggiorno nel secondo Stato, il lungo soggiornante goda dello stesso trattamento riservato ai cittadini nazionali in materia di accesso al lavoro, istruzione e formazione professionale, riconoscimento dei titoli professionali, agevolazione fiscale, libertà di associazione, adesione e partecipazione a organizzazioni di lavoratori e datori di lavoro (art. 21). La direttiva, inoltre, rinvia alle norme sul ricongiungimento familiare (v. *supra*) per quanto riguarda il riconoscimento dei diritti dei familiari del lungo soggiornante che decidono di raggiungerlo nel secondo Stato membro (art. 21.3).

A ben vedere, tale normativa, in forza della lettera e dello spirito della Carta di Nizza (art. 15.3)⁷³⁴, intende quanto più possibile avvicinare lo straniero/lavoratore extracomunitario al cittadino/lavoratore europeo attraverso il riconoscimento di una serie di garanzie sinora negate. Inoltre, la facoltà riconosciuta ai “soggiornanti di lungo periodo” di risiedere sul territorio di uno Stato altro da quello che ha rilasciato il permesso di soggiorno, rappresenta una forma moderata di “libera circolazione” per i cittadini dei Paesi terzi all'interno del territorio dell'UE. Probabilmente, sarebbe troppo azzardato parlare di “una nuova cittadinanza” per i lungo soggiornanti, ma sicuramente non è un dato trascurabile l'intento dei diversi Stati membri di voler armonizzare le proprie legislazioni nazionali al fine di migliorare l'integrazione di tali soggetti.

4.2.3 Immigrazione per motivi economici

4.2.3.a Accesso al lavoro per i cittadini extracomunitari e necessità economiche dei mercati interni degli Stati membri

⁷³⁴ La norma stabilisce che “i cittadini dei Paesi terzi che sono autorizzati a lavorare nel territorio degli Stati membri hanno diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione”.

Una delle questioni che si pone con riferimento all'ammissione dei cittadini di Paesi terzi per motivi di lavoro⁷³⁵ riguarda la necessità di gestire i flussi di ingresso di lavoratori extracomunitari in funzione delle esigenze mutevoli del mercato del lavoro dello Stato membro ospitante⁷³⁶. Tale aspetto viene in rilievo nella citata direttiva sullo *status* di lungo soggiornante, dove viene riconosciuta agli Stati membri la facoltà di limitare l'accesso all'occupazione o alle attività autonome nei casi in cui, in conformità alla vigente legislazione comunitaria e nazionale, esso sia riservato ai nazionali, ai cittadini comunitari o appartenenti allo Spazio economico europeo (para. 3 lett. a).

Alla luce delle conseguenze che tale ultimo strumento ha comportato in termini di progressiva parificazione dei cittadini dei Paesi terzi ai cittadini comunitari in ambito lavorativo e non solo, gli effetti del tradizionale *principio della preferenza comunitaria*, fondato sull'idea che i secondi beneficino di un trattamento preferenziale rispetto ai primi in funzione delle condizioni del mercato del lavoro di uno Stato membro, potrebbero dirsi attenuati dal momento che i lavoratori extracomunitari residenti di lungo periodo potranno a loro volta rappresentare una categoria "privilegiata" rispetto a quella dei migranti giunti solo da poco tempo nello Stato membro di residenza.

La prospettiva di una disciplina comune sull'immigrazione economica idonea a regolamentare le procedure di ingresso e di soggiorno, il principio di preferenza comunitaria ed i diritti dei lavoratori provenienti da Paesi terzi è stata affrontata dalla Commissione europea nel *Libro verde sull'approccio dell'Unione europea alla gestione della migrazione economica*⁷³⁷ e nel *Piano d'azione sull'immigrazione legale*⁷³⁸. Quest'ultimo, in particolare, include una lista di proposte legislative sulle procedure di ammissione che consentirebbero di reagire rapidamente alla domanda fluttuante di manodopera straniera nel

⁷³⁵ In generale sull'argomento, v. la Comunicazione della Commissione COM(2003)336 def. del 3 giugno 2003 "Immigrazione, integrazione e occupazione".

⁷³⁶ In argomento, v. G. CAGGIANO, *Le prospettive di sviluppo della competenza comunitaria in materia di immigrazione per motivi di lavoro*, in I. CARACCILO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, cit., p. 21 ss.

⁷³⁷ COM(2004)811 def. dell'11 gennaio 2005.

⁷³⁸ COM(2005)669 final del 21 dicembre 2005.

mercato del lavoro comunitario. Tra queste, occorre segnalare due recenti proposte di direttiva della Commissione: l'una⁷³⁹ volta a semplificare ed uniformare le procedure di ingresso e di soggiorno per i lavoratori extracomunitari⁷⁴⁰ prevedendo la concessione del c.d. "single permit"⁷⁴¹ nonché a limitare le disparità di trattamento rispetto ai lavoratori nazionali⁷⁴²; e l'altra⁷⁴³ volta a definire le condizioni di ingresso e di soggiorno (per un periodo superiore ai tre mesi) dei cittadini di Paesi terzi e dei membri delle loro famiglie che intendano svolgere un'occupazione altamente qualificata⁷⁴⁴.

⁷³⁹ *Proposal for a Council Directive on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State*, COM(2007)638 final 23.10.2007.

⁷⁴⁰ La proposta esclude dall'ambito di applicazione della direttiva talune categorie di soggetti, tra cui "(a) who are family members of Union citizens who have exercised, or are exercising their right to free movement within the Community; (b) covered by Directive 96/71/EC as long as they are posted; (c) entering a Member State under commitments contained in an international agreement facilitating the entry and temporary stay of certain categories of trade and investment-related natural persons in particular to intracorporate transferees, contractual service suppliers and graduate trainees under the European Community's GATS commitments; (d) who have been admitted to the territory of a Member State for a period not exceeding six months in any 12 month period to work on a seasonal basis; (e) who have applied for recognition as refugees and whose application has not yet given rise to a final decision; (f) staying in a Member State as applicants for international protection or under temporary protection schemes; (g) who have acquired long-term resident status in accordance with Directive 2003/109/EC" (art. 3.2).

⁷⁴¹ La proposta di direttiva rinvia espressamente al regolamento n. 1030/2002 del Consiglio che istituisce un modello uniforme per i permessi di soggiorno rilasciati a cittadini di paesi terzi (13 giugno 2002, pubblicato in GUCE L 157 del 15 giugno 2002) per quanto riguarda le modalità di concessione del permesso di lavoro ai cittadini dei Paesi terzi.

⁷⁴² Il progetto prevede, infatti, la parità di trattamento in relazione a "(a) working conditions, including pay and dismissal as well as health and safety at the workplace; (b) freedom of association and affiliation and membership of an organization representing workers or employers...; (c) education and vocational training; (d) recognition of diplomas, certificates and other professional qualifications...; (e) branches of social security...; (f) payment of acquired pensions when moving to a third country; (g) tax benefits; (h) access to goods and services..." (art. 12.1).

⁷⁴³ *Proposal for a Council Directive on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment*, COM(2007)637 final 23.10.2007.

⁷⁴⁴ La proposta esclude dall'ambito di applicazione della direttiva talune categorie di soggetti, tra cui "(a) staying in a Member State as applicants for international protection or under temporary protection schemes; (b) who are refugees or have applied for recognition as refugees and whose application has not yet given rise to a final decision; (c) applying to reside in a Member State as researchers within the meaning of Directive 2005/71/EC in order to carry out a research project; (d) who are family members of Union citizens who have exercised, or are exercising, their right to free movement within the Community; (e) who enjoy long-term resident status in a Member State in accordance with Directive 2003/109/EC

In particolare quest'ultima prevede la creazione della c.d. Blue Card, uno speciale permesso di soggiorno che consente ai titolari di godere di una serie di diritti con riferimento all'accesso al lavoro, all'occupazione, alla parità di trattamento rispetto ai lavoratori nazionali, al diritto al ricongiungimento familiare nonché alla circolazione in un altro Stato membro.

A nostro avviso, è possibile ravvisare un denominatore comune ad entrambi gli strumenti, ossia l'obiettivo di migliorare la gestione e il controllo della presenza di lavoratori extracomunitari nel territorio degli Stati membri attraverso delle procedure comuni che ne regolino l'ingresso e il soggiorno.

4.2.3.b Il principio della parità di trattamento e il divieto di discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica in relazione all'occupazione dei cittadini di Paesi terzi

Funzionale al conseguimento di taluni obiettivi del trattato UE, ed in particolare alla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui siano riconosciuti e rispettati i diritti dei cittadini di Paesi terzi, appare l'adozione della direttiva che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica⁷⁴⁵. Come evidenziato nel preambolo, la lotta contro le discriminazioni razziali, che pregiudicano “il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà”⁷⁴⁶, dovrebbe “andare al di là dell'accesso alle attività di lavoro dipendente e autonomo e coprire ambiti

and exercise their right to reside in another Member State in order to carry out an economic activity in an employed or self-employed capacity; (f) entering a Member State under commitments contained in an international agreement facilitating the entry and temporary stay of certain categories of trade and investment-related natural persons; (g) whose expulsion has been suspended for reasons of fact or law” (art. 3.2).

⁷⁴⁵ Direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000, in GUCE L 180 del 19 luglio 2000, pp. 22-26. V. pure a riguardo la relazione della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, COM(2006)643 definitivo/2 del 15.12.2006 e la risoluzione del Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 2000/43/CE, P6_TA(2007)0422 del 27.09.2007.

⁷⁴⁶ Punto 9.

quali l'istruzione, la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria, le prestazioni sociali, l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura”⁷⁴⁷. Se l'obiettivo della direttiva è quello di “stabilire un quadro per la lotta alle discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica”⁷⁴⁸, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento” (art. 1), appare chiaro quanto affermato nel preambolo⁷⁴⁹ riguardo la volontà di estendere l'applicazione del divieto di discriminazione razziale *anche* nei confronti dei cittadini degli Stati terzi, benché ciò non venga esplicitato nella parte dispositiva⁷⁵⁰.

Il legislatore comunitario ha voluto, inoltre, precisare che la direttiva non riguarda “le differenze di trattamento basate sulla nazionalità” né pregiudica “le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi o degli apolidi interessati” (art. 3.2). Ciò ad indicare, evidentemente, che gli Stati membri sono liberi di consentire con riferimento alle condizioni di lavoro talune forme discriminatorie fondate sulla nazionalità in virtù del *principio*

⁷⁴⁷ Punto 12.

⁷⁴⁸ La direttiva precisa che “il principio della parità di trattamento comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta a causa della razza o dell'origine etnica” (art. 2.1) e che sussiste discriminazione diretta “quando, a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga” o indiretta “quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari” (art. 2.2).

⁷⁴⁹ Punto 13.

⁷⁵⁰ L'art. 3.1 che stabilisce il campo di applicazione della direttiva, infatti, non precisa nulla a riguardo, bensì si limita a stabilire che essa “si applica a tutte le persone sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene: a) alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro sia indipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, indipendentemente dal ramo d'attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale, nonché alla promozione; b) all'accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali; c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione; d) all'affiliazione e all'attività in un'organizzazione di lavoratori o di datori di lavoro o in qualunque organizzazione i cui membri esercitano una particolare professione, nonché alle prestazioni erogate da tali organizzazioni; e) alla protezione sociale, comprese la sicurezza

della preferenza comunitaria o di quanto stabilito negli accordi internazionali stipulati con Paesi terzi che disciplinano le condizioni di ingresso, di soggiorno e di occupazione dei cittadini extracomunitari⁷⁵¹.

Ulteriori margini di discrezionalità in favore degli Stati membri derivano dalla norma che riconosce loro la facoltà “di stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata alla razza o all'origine etnica non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato” (art. 4). Inoltre, gli Stati sono liberi di “mantenere o adottare misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi connessi con una determinata razza o origine etnica” al fine di assicurare l'effettive e completa parità (art. 5), nonché “introdurre o mantenere, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, disposizioni più favorevoli di quelle fissate nella direttiva” (art. 6). Tuttavia, il riconoscimento di tali facoltà che si giustifica sulla base del diritto sovrano di ciascuno Stato di definire le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi nel proprio territorio, a nostro parere, non tradisce affatto l'aspirazione del legislatore comunitario di veder assicurata la parità di trattamento in relazione al settore dell'occupazione anche nei confronti di lavoratori extracomunitari.

4.2.3.c Iniziative comunitarie in favore dei cittadini di Paesi terzi che migrano per motivi di studio o di ricerca

sociale e l'assistenza sanitaria; f) alle prestazioni sociali; g) all'istruzione; h) all'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura, incluso l'alloggio”.

⁷⁵¹ Le diparità di trattamento fondate sulla nazionalità sarebbero consentite anche ai sensi della direttiva che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (dir. 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, in GUCE L 303 del 2 dicembre 2000, p. 16 ss.). A nostro avviso, la non applicazione della direttiva 2000/78 alle differenze di trattamento basate sulla nazionalità (art. 3.2) andrebbe letta in combinato all'art. 1, in cui l'obiettivo di stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni in relazione all'occupazione e alle condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento è riferito alle sole discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.

Nel 2004 il Consiglio ha adottato, in conformità all'art. 63 para. 3 lett. *a* e para. 4 TCE, una direttiva che definisce le condizioni generali di ammissione dei cittadini extracomunitari che si recano nel territorio degli Stati membri dell'Unione europea per motivi di studio, scambio alunni, tirocinio non retribuito o volontariato per un periodo superiore a tre mesi (artt. 5 e 6); nonché le condizioni di ammissione e di soggiorno per ciascuna delle suddette categorie (art. 7 ss.)⁷⁵².

Limitatamente agli studenti, merita di essere segnalata la norma che prevede uno specifico trattamento nei confronti di coloro i quali intendono svolgere un'attività di lavoro al di fuori delle ore di studio. L'art. 17, infatti, stabilisce che “fatte salve le norme e le condizioni applicabili all'attività prescelta nello Stato membro ospitante, gli studenti hanno il diritto di esercitare un'attività economica in quanto lavoratori subordinati e autonomi” (art. 17.1)⁷⁵³. Tuttavia, non è da escludere che lo Stato membro interessato possa limitare il loro accesso all'occupazione (specie nel primo anno di soggiorno) dal momento che la direttiva stessa stabilisce l'eventualità di tenere in considerazione la situazione del mercato del lavoro nazionale (para. 3).

Particolare riguardo merita, inoltre, la direttiva del Consiglio 2005/71⁷⁵⁴ che

⁷⁵² Direttiva 2004/114/CE del 13 dicembre 2004 “relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio, scambio alunni, tirocinio non retribuito o volontariato”, in GUUE L 375 del 23 dicembre 2004, p. 12 ss. La direttiva non trova applicazione nei confronti dei cittadini di paesi terzi: che si trovino in uno Stato membro in qualità di richiedenti asilo, ovvero siano tutelati da forme di protezione sussidiaria o da programmi di protezione temporanea; la cui espulsione sia stata sospesa per motivi di diritto o di fatto; siano familiari di cittadini dell'Unione i quali abbiano esercitato il diritto alla libera circolazione all'interno della Comunità; titolari dello status di residente di lungo periodo in uno Stato membro qualora esercitino il diritto di soggiorno in un altro Stato membro per frequentare corsi di studio o di formazione professionale; che abbiano la qualifica di lavoratori o lavoratori autonomi ai sensi della legislazione nazionale dello Stato membro interessato. Per un commento alla direttiva, v. G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, cit., pp. 150-151.

⁷⁵³ La norma stabilisce che “ogni Stato membro fissa il limite massimo di ore per settimana o di giorni o mesi per anno in cui è permesso esercitare una siffatta attività, con un limite minimo di dieci ore per settimana, o l'equivalente in giorni o mesi per anno” (para. 2).

⁷⁵⁴ Direttiva 2005/71/CE del 12 ottobre 2005 “relativa a una procedura specificamente concepita per l'ammissione di cittadini di paesi terzi a fini di ricerca scientifica” (in GUUE L 289 del 3 novembre 2005, p. 15 ss.). Sull'iter formativo della direttiva e per un commento alla stessa, v. C. FORTE, *La politica di immigrazione attiva della Comunità europea e la strategia*

definisce le condizioni per l'ingresso dei ricercatori⁷⁵⁵ negli Stati membri (per una durata superiore ai tre mesi) al fine di svolgervi un progetto di ricerca⁷⁵⁶ nell'ambito di una convenzione di accoglienza con un istituto di ricerca (art. 1). La direttiva prevede a tal riguardo una procedura semplificata che consiste nella stipulazione, da parte del soggetto interessato che sia in grado di soddisfare determinate condizioni, di una convenzione di accoglienza con un istituto di ricerca autorizzato dallo Stato membro ospitante in base alla normativa interna e in grado di soddisfare una serie di condizioni (art. 7).

Al ricercatore che abbia soddisfatto le condizioni previste verrà rilasciato un permesso di soggiorno valido per un periodo minimo di un anno (art. 8)⁷⁵⁷ che gli consentirà di beneficiare di una serie di garanzie che attengono alla possibilità “di insegnare a norma della legislazione nazionale” (art. 11) e alla parità di trattamento con i cittadini nazionali per quanto riguarda: il riconoscimento dei diplomi, dei certificati e degli altri titoli professionali, conformemente alle procedure nazionali in materia; le condizioni di lavoro, comprese le condizioni di retribuzione e di licenziamento; i settori di sicurezza sociale; le agevolazioni fiscali; l'accesso ai beni e ai servizi e l'offerta di beni e servizi destinati al pubblico (art. 12). Inoltre, gli stessi ricercatori potranno in presenza di determinate condizioni condurre parte del progetto in un Paese membro diverso da quello iniziale (art. 13).

in materia di visto dei ricercatori, in I. CARACCILO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, cit., p. 236 ss.

⁷⁵⁵ Per “ricercatore” deve intendersi “un cittadino di un paese terzo in possesso di un titolo di studi superiori appropriato che dia accesso a programmi di dottorato, il quale è selezionato da un istituto di ricerca per svolgere un progetto di ricerca che richiede di norma il suddetto titolo” (art. 2 lett. d).

⁷⁵⁶ Con l'espressione “ricerca” ci si riferisce ad un “lavoro creativo svolto su base sistematica per aumentare il bagaglio di conoscenze, compresa la conoscenza dell'uomo, della cultura e della società, e l'utilizzazione di tale bagaglio di conoscenze per concepire nuove applicazioni” (art. 2 lett. b).

⁷⁵⁷ Ai sensi dell'art. 10.1 “gli Stati membri possono revocare o rifiutare di rinnovare il permesso di soggiorno...nel caso in cui sia stato ottenuto in maniera fraudolenta oppure se risulta che il titolare non soddisfaceva o non soddisfa più le condizioni per l'ingresso e il soggiorno previste dagli articoli 6 e 7 o soggiorna per fini diversi da quello per cui ne ha ottenuto l'autorizzazione”; nonché “...per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica” (para. 2).

4.2.4 L'accesso al mercato del lavoro per i rifugiati e le persone beneficiarie di protezione internazionale

Benché non direttamente rivolta al lavoratore extracomunitario, la legislazione comunitaria concernente la tutela di talune categorie di soggetti beneficiari di protezione internazionale, il cui fondamento giuridico è ravvisabile nell'art. 63 TCE, prevede una serie di garanzie anche in materia di lavoro.

In particolare, la direttiva del Consiglio 2001/55⁷⁵⁸ prevede che “gli Stati membri consentono alle persone che beneficiano della protezione temporanea⁷⁵⁹, per un periodo non superiore alla durata di quest'ultima, di esercitare qualsiasi attività di lavoro subordinato o autonomo, ... nonché di partecipare ad attività nell'ambito dell'istruzione per adulti, della formazione professionale e delle esperienze pratiche sul posto di lavoro”.

Tuttavia, “per ragioni legate alle politiche in materie di mercato del lavoro, gli Stati membri possono dare la priorità ai cittadini dell'UE, a quelli degli Stati vincolati dall'accordo sullo Spazio economico europeo e anche ai cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente e beneficiano di un'indennità di disoccupazione” (art. 12)⁷⁶⁰.

⁷⁵⁸ Direttiva 2001/55 del 20 luglio 2001 sulle “norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi” (in GUCE L 212 del 7 agosto 2001, p. 12 ss.).

⁷⁵⁹ Per “protezione temporanea” si intende “la procedura di carattere eccezionale che garantisce, nei casi di afflusso massiccio o di imminente afflusso massiccio di sfollati provenienti da paesi terzi che non possono rientrare nel loro paese d'origine, una tutela immediata e temporanea alle persone sfollate, in particolare qualora vi sia anche il rischio che il sistema d'asilo non possa far fronte a tale afflusso senza effetti pregiudizievoli per il suo corretto funzionamento, per gli interessi delle persone di cui trattasi e degli altri richiedenti protezione” (art. 2 lett. a). Gli “sfollati” vengono definiti dalla direttiva in esame come “i cittadini di paesi terzi o apolidi che hanno dovuto abbandonare il loro paese o regione d'origine o che sono stati evacuati, in particolare in risposta all'appello di organizzazioni internazionali, ed il cui rimpatrio in condizioni sicure e stabili risulta impossibile a causa della situazione nel paese stesso, anche rientranti nell'ambito d'applicazione dell'articolo 1A della convenzione di Ginevra o di altre normative nazionali o internazionali che conferiscono una protezione internazionale, ed in particolare: i) le persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica; ii) le persone che siano soggette a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani o siano state vittime di siffatte violazioni (lett. c).

⁷⁶⁰ La norma prevede, inoltre, che nei confronti di tali soggetti “si applica la normativa vigente negli Stati membri in materia di retribuzione, di accesso ai regimi di sicurezza sociale

La direttiva in esame prevede, inoltre, per i soggetti che non dispongono di risorse sufficienti una serie di garanzie in termini di disponibilità di un alloggio (art. 13.1), di assistenza sociale, di contributi al sostentamento e di cure mediche⁷⁶¹ (para. 2); e precisa che per coloro che esercitano un'attività di lavoro dipendente o autonomo, gli Stati membri nella quantificazione dell'aiuto necessario, terranno conto della loro capacità di provvedere alle proprie necessità (para. 3).

Una specifica disciplina è stata prevista a livello comunitario in favore dei richiedenti asilo⁷⁶², ossia “i cittadini di un paese terzo, o apolidi che abbiano presentato una domanda di asilo in merito alla quale non sia ancora stata presa una decisione definitiva” (art. 2 lett. c)⁷⁶³.

Per ciò che attiene l'aspetto puramente lavorativo, la normativa in esame riconosce agli Stati membri la facoltà di stabilire un periodo (a decorrere dalla data di presentazione della domanda di asilo) in cui i richiedenti non hanno accesso al mercato del lavoro (art. 11.1); essi decideranno a quali condizioni concedere tale accesso “... se entro un anno dalla presentazione della domanda di asilo non è stata presa una decisione in primo grado e il ritardo non può essere attribuito al richiedente asilo...” (para. 2). Il mancato accesso al mercato di lavoro non impedisce, tuttavia, ai richiedenti asilo di accedere alla formazione professionale (art. 12.1).

Nel caso in cui venisse presentato un ricorso (con effetti sospensivi) avverso una decisione negativa, l'accesso al mercato del lavoro non viene

connessa all'attività di lavoro dipendente o autonomo, nonché di ogni altra condizione di lavoro”.

⁷⁶¹ La norma stabilisce che “l'aiuto necessario per le cure mediche comprende quanto meno le prestazioni di pronto soccorso ed il trattamento essenziale delle malattie”. Una particolare protezione (specie in ordine alle cure mediche) viene, inoltre, riservata a quei soggetti che godono della protezione temporanea e che presentino esigenze particolari, quali i minori non accompagnati o le persone che abbiano subito torture, stupri o altre gravi forme di violenza psicologica, fisica o sessuale (para. 4).

⁷⁶² Direttiva 2003/9 del 27 gennaio 2003 “recante norme minime per l'accoglienza dei richiedenti-asilo negli Stati membri” (in GUCE L 31 del 6 febbraio 2003, p. 18 ss.).

⁷⁶³ La direttiva si applica a tutti i cittadini di paesi terzi ed agli apolidi che presentano domanda di asilo alla frontiera o nel territorio di uno Stato membro, purché siano autorizzati a soggiornare in tale territorio in qualità di richiedenti asilo, nonché ai familiari se inclusi nella domanda di asilo a norma del diritto nazionale (art. 3.1).

revocato fino al momento della notifica della decisione definitiva sul ricorso medesimo (para. 3).

Come nel caso precedente, “per ragioni legate alle politiche del mercato del lavoro, gli Stati membri possono dare la priorità ai cittadini dell'UE e ai cittadini degli Stati parti dell'accordo sullo spazio economico europeo, nonché ai cittadini di paesi terzi in soggiorno regolare” (art. 11.4).

La direttiva prevede, altresì, una serie di disposizioni generali relative alle condizioni materiali di accoglienza e all'assistenza sanitaria al fine di garantire ai richiedenti asilo un sostentamento e una qualità di vita adeguata per la loro salute (art. 13).

Ulteriori forme di tutela sono previste in favore dei cittadini di Paesi terzi e degli apolidi cui è stata attribuita la qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale⁷⁶⁴.

In particolare, gli Stati membri autorizzano a coloro i quali sia stato riconosciuto lo status di rifugiato o di protezione sussidiaria l'esercizio di un'attività dipendente o autonoma nel rispetto della normativa generalmente applicabile alle professioni e agli impieghi nella pubblica amministrazione e in conformità delle norme nazionali in materia di ordine di precedenza sul mercato del lavoro (art. 26 paras. 1 e 3). Ad entrambe le categorie di soggetti si applica la normativa vigente negli Stati membri in materia di retribuzione, di

⁷⁶⁴ Direttiva 2004/83 del 29 aprile 2004 sulle “norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale” (in GUUE L 304 del 30 settembre 2004, p. 12 ss.). La direttiva definisce come “persona ammissibile alla protezione sussidiaria” il cittadino di un paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno... e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto paese” (art. 2 lett. e). Per “status di protezione sussidiaria” si intende “il riconoscimento, da parte di uno Stato membro, di un cittadino di un paese terzo o di un apolide quale persona ammissibile alla protezione sussidiaria” (lett. f). Per quanto riguarda la categoria di rifugiato, ricordiamo la direttiva 2005/85/CE del 1° dicembre 2005 “recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato” (in GUUE L 326 del 13 dicembre 2005).

accesso ai regimi di sicurezza sociale connessa all'attività di lavoro dipendente o autonomo, nonché di ogni altra condizione di lavoro (para. 5).

Inoltre, gli Stati membri provvedono a che siano offerte ai beneficiari dello status di rifugiato e di protezione sussidiaria opportunità di formazione occupazionale per adulti, formazione professionale e tirocinio sul luogo di lavoro secondo modalità equivalenti a quelle previste per i loro cittadini (paras. 2 e 4); nonché una serie di garanzie in termini di accesso all'istruzione (art. 27), di assistenza sociale (art. 28) e sanitaria (art. 29).

4.3 L'immigrazione illegale nell'ordinamento comunitario e dell'Unione europea

La lotta all'ingresso ed al soggiorno clandestino dei cittadini dei Paesi terzi ha costituito il principale obiettivo della legislazione degli Stati dell'Unione nel settore dell'immigrazione.

La disciplina contenuta nell'art. 63.3 lett. *b* TCE, come rilevato in precedenza, attribuisce al Consiglio una competenza ad adottare misure in materia di "immigrazione e soggiorno irregolari" concorrente con quella degli Stati membri, dal momento che questi ultimi potranno introdurre, in tali settori, ulteriori disposizioni nazionali compatibili con il Trattato e gli accordi internazionali.

La norma in esame non fornisce alcuna indicazione circa il significato dell'espressione "irregolare"; esso, dunque, deve essere inteso alla luce dei singoli ordinamenti statali piuttosto che al più generico contesto comunitario. Difatti, l'irregolarità viene normalmente ricondotta alla violazione delle norme nazionali che disciplinano l'ingresso, il transito e il soggiorno dei cittadini dei Paesi terzi nel territorio di un particolare Stato membro⁷⁶⁵.

⁷⁶⁵ La direttiva 2002/90 del 28 novembre 2002 (in GUCE L 328 del 5 dicembre 2002, p. 17 ss.) volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali prevede l'obbligo per gli Stati membri di sanzionare i comportamenti in violazione della legislazione statale sull'ingresso, transito e soggiorno degli stranieri (art. 1). A tal proposito si consideri inoltre, la direttiva 2001/40 del 28 maggio 2001 (in GUCE L 149 del 2 giugno 2001, pp. 34-36) relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento dei cittadini dei Paesi terzi, nonché la proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi

In particolare, in una recente comunicazione la Commissione europea ha ricondotto l'espressione "illegal immigration" a tre situazioni⁷⁶⁶. In primo luogo, l'ingresso clandestino a mezzo di documenti falsi⁷⁶⁷, il più delle volte forniti da organizzazioni criminali (le cui attività tendono, come vedremo in seguito, allo sfruttamento economico dei migranti o alla tratta di esseri umani), che si configura, senza dubbio, come una violazione delle norme nazionali in materia di immigrazione del Paese di destinazione dal momento che induce le autorità ad autorizzare l'ingresso sulla base di informazioni inesatte. In secondo luogo, la permanenza irregolare sul territorio dello Stato parte, ossia quella situazione in cui lo straniero, pur entrando legalmente (con un visto valido o in virtù di un regime speciale che non prevede alcun visto di ingresso), permane sul territorio senza alcuna autorizzazione (ad esempio, oltre il periodo consentito dal permesso di soggiorno). Infine, potrebbe configurarsi come irregolare la condizione dei richiedenti-asilo la cui domanda è stata ritenuta inammissibile e che decidono ugualmente di non abbandonare il Paese di accoglienza.

Il crescente aumento dei flussi illegali di cittadini di Paesi terzi verso gli Stati membri UE ha favorito la diffusione della "tratta di esseri umani". Come abbiamo avuto modo di notare in precedenza, l'organizzazione e il favoreggiamento dell'immigrazione illegale, che si fonda sul "consenso" dei migranti che si affidano ai trafficanti nella fase di attraversamento delle frontiere, non deve essere confusa con la tratta che tende esclusivamente allo

soggiornanti illegalmente, COM(2005)391 def. 1.09.2005. In dottrina, v. E. CANETTA, *La disciplina comunitaria in materia di rimpatrio dei cittadini dei paesi terzi in posizione irregolare nel territorio degli Stati membri*, in *Dir. immigr. cit.*, 3/2007, p. 34 ss.

⁷⁶⁶ *Communication from Commission on policy priorities in the fight against illegal immigration of third-country nationals*, COM(2006)402 final del 19 luglio 2006, para. 3.

⁷⁶⁷ V. in precedenza le comunicazioni della Commissione su "una politica comune in materia di immigrazione illegale", in COM(2001)672 def. del 15 novembre 2001, para. 3; in tema di politica comunitaria in materia di rimpatrio delle persone che soggiornano illegalmente, in COM(2002)564 del 14 ottobre 2002; e sulle "connessioni tra migrazione legale e illegale", in COM(2004)412 def. del 4 giugno 2004, parte 2; nonché il Libro verde su "una politica comunitaria di rimpatrio delle persone che soggiornano illegalmente negli Stati membri", in COM(2002)175 def. del 10 aprile 2002, para. 2.1.

sfruttamento sessuale o economico di taluni soggetti il cui consenso è assolutamente inesistente.

4.3.1. Misure di contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di migranti e alla tratta di esseri umani tra primo e terzo pilastro

L'adozione di misure volte a contrastare l'immigrazione clandestina e la tratta di esseri umani, benché non espressamente prevista nel titolo IV, è da ricondurre all'art. 61 TCE, in base al quale il Consiglio, al fine di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, adotta "misure nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale ... mediante la prevenzione e la lotta contro la criminalità ... in conformità alle disposizioni" del TUE (lett. e)⁷⁶⁸. Si tratta, dunque, di settori che potrebbero rientrare contemporaneamente nell'ambito del primo e del terzo pilastro⁷⁶⁹; pertanto, il fondamento giuridico è da rintracciare nell'atto che contempla tali misure di intervento⁷⁷⁰. A titolo di esempio, la direttiva 2002/90 ("volta a definire il favoreggiamento dell'immigrazione illegale e a rendere pertanto più efficace l'applicazione della decisione quadro 2002/946/GAI, al fine di

⁷⁶⁸ Se da un lato, l'art. 61 (lett. a) fa espresso richiamo all'art. 31 lett. e del Trattato sull'Unione europea con riferimento all'adozione di misure volte a prevenire e combattere la criminalità, benché la norma TUE non preveda direttamente tra le diverse fattispecie criminose sanzionabili penalmente l'immigrazione clandestina o la tratta di esseri umani (lasciando intendere che siano state ricomprese nel più generale concetto di criminalità organizzata); dall'altro, l'espressione "...in conformità alle disposizioni del Trattato sull'UE" rinvia, a nostro avviso, ad un'altra norma del titolo VI TUE, ossia l'art. 29 secondo cui l'Unione si prefigge l'obiettivo di fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza "prevenendo e reprimendo la criminalità organizzata o di altro tipo, in particolare ... la tratta di esseri umani ...".

⁷⁶⁹ In argomento, v. R. CHOLEWINSKI, *The EU Acquis on Irregular Migration: Reinforcing Security at the Expense of Rights*, in *EJML*, 2000(2), pp. 361-405.

⁷⁷⁰ È stato osservato che in assenza di una precisa disposizione nei Trattati attualmente vigenti che preveda l'elaborazione di uno strumento di protezione per le vittime di tratta, il fondamento giuridico potrebbe essere rinvenuto nell'art. III-267 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. La norma, infatti, stabilisce che "l'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare...la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione clandestina e della tratta degli esseri umani"; inoltre, mediante legge o legge quadro verranno adottate in materia di lotta alla tratta di esseri umani, in particolare donne e bambini. Cfr., S. SCARPA, *La tutela dei diritti delle vittime di tratta degli esseri umani ed il sistema premiale previsto dalla direttiva comunitaria 2004/81/CE*, in *Dir. immigr. cit.*, 2005, pp. 66-67.

reprimere tale reato”⁷⁷¹) suggerisce che la lotta all’immigrazione illegale, favorita il più delle volte da organizzazioni criminali transnazionali, deve poter essere condotta non solo a mezzo di disposizioni che incidono sull’aspetto migratorio in senso stretto, bensì necessita di misure preventive e repressive penali e di polizia rientranti appunto nel titolo VI TUE⁷⁷².

Con riferimento all’impiego illegale di lavoratori extracomunitari, la Commissione europea ha presentato di recente una proposta di direttiva che introduce sanzioni contro i datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi soggiornanti illegalmente nell’UE⁷⁷³. La proposta prevede espressamente il divieto di lavoro illegale⁷⁷⁴ e configura come reati sanzionabili penalmente le violazioni di tale obbligo da parte dei datori di lavoro che: siano reiterate; riguardino un numero elevato di immigrati irregolari; e siano accompagnate da situazioni di particolare sfruttamento e coinvolgano lavoratori vittime della tratta di esseri umani (art. 10.1). Un aspetto degno di nota riguarda la previsione che gli Stati membri predispongano un efficace meccanismo volto a consentire ai cittadini di paesi terzi interessati di presentare denuncia contro il proprio datore di lavoro sia direttamente sia attraverso terzi designati (art. 14.1), quali ad esempio sindacati o associazioni. A nostro avviso, la proposta della Commissione rappresenta sia un deterrente per coloro i quali intendano

⁷⁷¹ Direttiva 2002/90 del 28 novembre 2002, in GUCE L 328 del 5 dicembre 2002, p. 17 ss. Decisione quadro 2002/946/GAI sul rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali, *ivi*, p. 1 ss. Sul punto, v. S. QUADRI, *Le migrazioni internazionali*, cit., pp. 207-208.

⁷⁷² Si vedano pure gli altri provvedimenti legislativi comunitari in materia di immigrazione illegale, in particolare le direttive: 2001/40 del 28 maggio 2001 (in GUCE L 149 del 2 giugno 2001) in materia di riconoscimento reciproco delle decisioni amministrative di espulsione dei cittadini degli Stati terzi; 2001/51 del 28 giugno 2001 (in GUCE L 187 del 10 luglio 2001) relativa alle sanzioni destinate a colpire i vettori che trasportano gli immigrati extracomunitari; 2004/82 del 29 aprile 2004 (in GUCE L 261 del 6 agosto 2004) sull’obbligo dei vettori di comunicare i dati relativi alle persone trasportate. Inoltre, meritano di essere segnalate alcune iniziative della Commissione europea sul tema in oggetto: *Annual report on the development of a common policy on illegal immigration, smuggling and trafficking of human beings, external borders, and the return of illegal residents*, SEC(2004)1349 del 25 ottobre 2004; *Communication on the monitoring and evaluation mechanism of the third countries in the field of the fight against illegal immigration*, COM(2005)352 final; *Study on the links between legal and illegal migration*, COM(2004)412 final.

⁷⁷³ V. COM(2007)249 del 16 maggio 2007.

impiegare illegalmente i lavoratori migranti favorendone talvolta l'ingresso irregolare, sia un valido strumento sanzionatorio che permetterà agli Stati membri di tutelare i diritti fondamentali di tali soggetti.

Accanto al più generale problema dell'immigrazione illegale, la Comunità europea ha dovuto affrontare negli ultimi tempi, e soprattutto sulla scia di una serie di attività intraprese a livello internazionale, la questione relativa alla diffusione dei fenomeni di "traffico dei migranti" e di "tratta di esseri umani"⁷⁷⁵. Le due fattispecie criminose, come abbiamo avuto modo di notare in precedenza, sono oggetto di una specifica normativa internazionale (i Protocolli addizionali alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000) che non solo ne delinea i tratti distintivi, ma prevede una specifica disciplina sanzionatoria applicabile nei confronti dei responsabili di tali reati.

Tali atti hanno profondamente inciso sull'attività normativa dell'Unione⁷⁷⁶; difatti, le misure di contrasto al traffico di migranti e alla tratta di esseri umani tendono ad individuare con precisione la caratteristiche di ciascuna delle due fattispecie criminose. In particolare, la Commissione europea ha avuto modo di precisare che il traffico (*smuggling*) è spesso caratterizzato da un interesse

⁷⁷⁴ L'art. 3.1 della proposta di direttiva stabilisce che "gli Stati membri vietano l'impiego di cittadini di paesi terzi soggiornanti illegalmente".

⁷⁷⁵ In argomento, v. il documento del Consiglio GAI 6621/02 del 28 febbraio 2002, concernente un *Piano globale d'azione per la lotta all'immigrazione clandestina e alla tratta degli esseri umani*, in GUCE C 142 del 14 giugno 2002, pp. 23-36; e la Comunicazione della Commissione: COM(2003)323 del 3 giugno 2003 in merito allo sviluppo di una politica comune in tema di immigrazione illegale, ingresso clandestino, tratta di esseri umani, frontiere esterne e rimpatrio e COM(2005)514 def. del 18 ottobre 2005 sulla "Lotta contro la tratta degli esseri umani – un approccio integrato e proposte per un piano d'azione".

⁷⁷⁶ Ricordiamo le decisioni del Consiglio relative alla conclusione, a nome della Comunità europea, dei Protocolli allegati alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale relativamente alle disposizioni del protocollo nella misura in cui rientrano nell'ambito di applicazione della parte terza, titolo IV, del trattato che istituisce la Comunità europea: 2006/617/CE del 24 luglio 2006 (in GUCE L 262 del 22 settembre 2006, pp. 34-43) e 2006/619/CE del 24 luglio 2006 (in GUCE L 262 del 22 settembre 2006, pp. 51-58). In argomento, v. S. BETTI, *The European Union and the United Nations convention against transnational organized crime: working paper*, Brussels, European Parliament, 2001. Tra le iniziative comunitarie volte a contrastare il fenomeno di tratta di esseri umani, ricordiamo: la Raccomandazione del Parlamento europeo sulla lotta contro la tratta degli esseri umani (2006/2078(INI)), il Piano UE sulle migliori pratiche, le norme e le procedure

reciproco del trafficante e della “vittima”; mentre la tratta (*trafficking*) presuppone uno sfruttamento (di manodopera o sessuale) che dà luogo ad una vera e propria violazione dei diritti umani del soggetto coinvolto⁷⁷⁷.

Tale ultimo aspetto è stata ribadito dal Consiglio nella decisione quadro relativa alla lotta contro la tratta di esseri umani che prescrive sanzioni comuni da adottare all'interno di ciascun ordinamento giuridico interno agli Stati dell'Unione europea contro i responsabili di tratta di esseri umani (art. 3), nonché una serie di misure sulla protezione e l'assistenza delle vittime (art. 5)⁷⁷⁸. Infatti, riconoscendo la tratta di esseri umani come una grave violazione dei diritti e della dignità dell'uomo (*preambolo*, punto 3), la decisione definisce tale fattispecie criminosa come il reclutamento, il trasporto, il trasferimento di una persona avvenuto mediante coercizione, minaccia, inganno o abuso di potere per fini di sfruttamento del lavoro (lavoro forzato, schiavitù o pratiche analoghe alla schiavitù) o sessuale (prostituzione e pornografia) (art. 1).

Per quanto riguarda gli atti comunitari, ricordiamo la direttiva del Consiglio 2004/81 “riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti”⁷⁷⁹. Si tratta di uno strumento che mira a tutelare prevalentemente

per contrastare e prevenire la tratta di esseri umani (2005/C 311/01), in GUCE C 311/1 del 9.12.2005.

⁷⁷⁷ *Lotta contro la tratta degli esseri umani e lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile*, COM(2000)854 def. del 21 dicembre 2000, para. 4. A differenza dei tradizionali strumenti normativi sui diritti umani adottati sia in ambito internazionale che regionale, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE proibisce espressamente la tratta di esseri umani (art. 5.3).

⁷⁷⁸ Decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI del 19 luglio 2002 relativa alla lotta contro la tratta di esseri umani (in GUCE L 203 del 1° agosto 2002, p. 1 ss.). Per un commento alla decisione quadro, v. T. OBOKATA, *EU Council Framework Decision on Combating Trafficking in Human Beings: A Critical Appraisal*, in *CMLR*, 2003, p. 917 ss. In generale, sulla lotta alla tratta di esseri umani nell'UE, v. G. DE RITA, *Contro la tratta degli esseri umani: prospettive di cooperazione europea*, Roma, 2000.

⁷⁷⁹ Direttiva 2004/81/CE del 29 aprile 2004, in GUCE L 261 del 6 agosto 2004, p. 19 ss. Per un commento alla direttiva, v. S. QUADRI, *Le migrazioni internazionali*, cit., p. 209 ss.; S. SCARPA, *La tutela dei diritti delle vittime di tratta degli esseri umani ed il sistema premiale previsto dalla direttiva comunitaria 2004/81/CE*, cit., pp. 45-67. Sull'esigenza di

(se non esclusivamente) quelle vittime⁷⁸⁰ che collaborino con le autorità competenti⁷⁸¹ al fine di consentire l'individuazione e lo smantellamento delle reti criminali dedite alla tratta o alla sfruttamento economico dei migranti. La direttiva, infatti, si basa su un sistema premiale che prevede il rilascio di un titolo di soggiorno provvisorio che consente, a coloro i quali decidono di collaborare, di rimanere nello Stato membro per il tempo necessario alla conclusione delle indagini e all'avvio del procedimento giudiziario contro i trafficanti coinvolti (Capo II⁷⁸²)⁷⁸³. Inoltre, lo strumento in esame prevede una serie di garanzie in favore delle vittime durante la loro permanenza sul territorio della Comunità, in particolare: l'assistenza medica, specie in favore dei soggetti maggiormente vulnerabili, come donne incinte, disabili e vittime di violenza sessuale (art. 9.2); l'accesso al sistema scolastico per i minori (art. 10 lett. b), al mercato del lavoro, alla formazione professionale e all'istruzione (art. 11.1), e a programmi o regimi esistenti (previsti dagli Stati membri e

protezione dei diritti umani delle vittime della tratta, v. inoltre la risoluzione del Consiglio 2003/C, cit., p. 4 ss.

⁷⁸⁰ La direttiva si applica ai cittadini di Paesi terzi (anche in situazione irregolare) che sono o sono stati vittime di reati collegati alla tratta degli esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale (art. 3 paras. 1 e 2).

⁷⁸¹ Un altro atto rilevante in materia di protezione delle vittime di tratta di esseri umani o di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti è la decisione quadro del Consiglio 2001/220/GAI relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (in GUCE L 82 del 22 marzo 2001, p. 1 ss.).

⁷⁸² Gli Stati membri garantiscono al cittadino extracomunitario vittima di reati collegati alla tratta degli esseri umani o coinvolto in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale "un periodo di riflessione per consentirgli di riprendersi e sottrarsi all'influenza degli autori dei reati, affinché possa decidere consapevolmente se voglia cooperare con le autorità competenti" (art. 6.1) che, tuttavia non conferisce loro un diritto di soggiorno (para. 3). Una volta trascorso il periodo di riflessione, gli Stati membri valutano la sussistenza di una serie di condizioni per il rilascio del titolo di soggiorno (che avrà una durata di sei mesi) fatti salvi i motivi attinenti alla pubblica sicurezza e alla salvaguardia della sicurezza nazionale (art. 8 paras. 1 e 2). Se tali condizioni dovessero venir meno, il titolo di soggiorno potrà non essere più rinnovato o, eventualmente ritirato (artt. 13.1 e 14). Inoltre, il ritiro potrà avvenire in tutti quei casi in cui: il beneficiario abbia ristabilito attivamente, volontariamente e di propria iniziativa, un legame con i presunti autori dei reati (art. 14 lett. a), o le autorità competenti ritengano la cooperazione della vittima o la sua denuncia fraudolenta o infondata (lett. b); nonché per motivi attinenti alla pubblica sicurezza e alla salvaguardia della sicurezza nazionale (lett. c), se la vittima cessa di collaborare (lett. d) o se le autorità decidono di archiviare il caso (lett. e).

⁷⁸³ Cfr., S. SCARPA, *La tutela dei diritti delle vittime di tratta degli esseri umani*, cit., p. 46.

ONG) che abbiano “come prospettiva la ripresa di una vita sociale normale ... oppure la preparazione al ritorno assistito nel Paese di origine” (art. 12.1).

In conclusione, nonostante lo scopo prioritario della direttiva risieda nella collaborazione delle vittime per la repressione dei fenomeni di favoreggiamento dell'immigrazione illegale e di tratta di esseri umani piuttosto che nella loro protezione *tout court*, tale strumento stabilisce un minimo comune denominatore che tende alla armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia. Come affermato nel preambolo alla direttiva, dal momento che l'obiettivo di garantire protezione ai cittadini di Stati terzi che cooperino alla lotta contro la tratta può essere meglio realizzato a livello comunitario piuttosto che dai singoli Stati membri, la Comunità interviene in tale ambito in base al principio di sussidiarietà (*ex art. 5 TCE*), lasciando loro la facoltà di adottare o mantenere disposizioni più favorevoli per i soggetti coinvolti (art. 4 della direttiva).

4.4 Le relazioni esterne dell'UE in materia di immigrazione

La questione relativa alla gestione dei flussi migratori all'interno del territorio dell'Unione si riflette soprattutto sulla competenza esterna della Comunità europea⁷⁸⁴ relativamente alla conclusione di accordi di associazione e programmi di cooperazione con i Paesi terzi di origine e di transito attraverso l'inserimento della “clausola sull'immigrazione” e di accordi di riammissione⁷⁸⁵.

4.4.1 Gli accordi di associazione e i programmi di cooperazione

⁷⁸⁴ In generale sulle relazioni esterne della Comunità, v. A. LANG, *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, in M. P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo. Parte generale*, vol. II, Milano, 2007, p. 787 ss.; P. MARIANI, *Le relazioni internazionali dell'Unione europea*, Milano, 2005; E. CANNIZZARO (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague, 2002; L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001.

⁷⁸⁵ In argomento, v. le Comunicazioni della Commissione COM(2002)703 def. del 3 dicembre 2002 “Integrare le questioni connesse all'emigrazione nelle relazioni dell'unione europea con i paesi terzi” e COM(2006)26 def. del 25 gennaio 2006 “Programma tematico di cooperazione con i paesi terzi nei settori dell'emigrazione e dell'asilo”. In dottrina sulla dimensione esterna della politica migratoria dell'UE, v. J. J. RIJPMAN, M. CREMONA, *The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law*, in European University Institute Working Paper LAW, n. 2007/01, pp. 1-23.

Le misure sull'ingresso, il soggiorno e la circolazione nell'Unione di cittadini di Stati terzi non si esauriscono negli atti adottati *ex* titolo IV TCE, dovendosi tener conto dell'esistenza di regimi speciali suscettibili di incidere su quelle stesse misure. Tali regimi sono previsti in accordi internazionali di cui la Comunità è parte⁷⁸⁶. In particolare, vanno ricordati l'accordo sullo Spazio economico europeo (SEE) con gli Stati membri dell'Associazione europea di libero scambio (EFTA)⁷⁸⁷, l'accordo con la Svizzera sulla libera circolazione delle persone⁷⁸⁸, l'accordo di associazione con la Turchia⁷⁸⁹ e gli accordi di cooperazione con i Paesi dell'area magrebina (Algeria, Marocco e Tunisia⁷⁹⁰) recentemente modificati dagli accordi di associazione euromediterranei⁷⁹¹.

⁷⁸⁶ Si tratta di accordi internazionali tra la Comunità e uno o più Stati terzi, oppure dei c.d. "accordi misti" conclusi ai sensi dell'art. 300 ss. TCE. In generale, sul potere della Comunità di concludere accordi internazionali, cfr., G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 2007, p. 143 ss.; L. FERRARI BRAVO, *Diritto comunitario*, V ed., Napoli, 2006; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte Istituzionale. Dal Trattato di Roma alla Costituzione europea*, III ed., Torino, 2005; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., p. 75 ss. In particolare sugli "accordi misti", v. C. ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, IV ed., Torino, 2005, p. 322; S. NICOLIN, *Modalità di funzionamento e di attuazione degli accordi misti*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, cit., p. 177 ss.; G. GAJA, *Sull'interpretazione di accordi misti da parte della Corte di Giustizia*, in *RDI*, 1988, p. 605 ss.

⁷⁸⁷ Accordo del 2 maggio 1992, in Consiglio delle Comunità europee-Commissione delle comunità europee, *Accordi sullo spazio economico europeo*, Lussemburgo, 1992.

⁷⁸⁸ Accordo del 21 giugno 1999 su <http://www.europa.admin.ch/e/int>.

⁷⁸⁹ Accordo 17 settembre 1963 in GUCE L 217 del 29 dicembre 1964, p. 3687 ss.; e relativo Protocollo del 1970 in GUCE L 293 del 29 dicembre 1972, p. 4 ss.

⁷⁹⁰ Approvati dalla Comunità nel 1978, rispettivamente in GUCE L 263, 264 e 265.

⁷⁹¹ Tra il 1998 e il 2005 l'Unione europea (UE) ha stipulato sette accordi euromediterranei di associazione con la Repubblica araba d'Egitto, lo Stato d'Israele, il Regno hashemita di Giordania, la Repubblica libanese, il Regno del Marocco, la Repubblica tunisina e la Repubblica algerina democratica e popolare. Questi accordi conferiscono un'adeguata disciplina al dialogo politico tra nord e sud, fungono da base alla progressiva liberalizzazione degli scambi nello spazio mediterraneo e stabiliscono infine le condizioni della cooperazione in ambito economico, sociale e culturale tra l'Unione europea e i paesi partner. Decisione 2006/356/CE del 14 febbraio 2006, Repubblica libanese, in GU L 143 del 30. 05.2006; Decisione 2005/690/CE del 01.09.2005, Repubblica algerina democratica e popolare, in GU L 265 del 10.10.2005; Decisione 2004/635/CE del 01.06.2004, Repubblica araba d'Egitto, in GU L 304 del 30. 09.2004; Decisione 2002/357/CE del 01.05.2002, Regno hashemita di Giordania, in GU L 129 del 15.05.2002; Decisione 2000/384/CE del 01.06.2000, Stato di Israele, in GU L 147 del 21.06.2000; Decisione 2000/204/CE del 01.03.2000, Regno del Marocco, in GU L 138 del 09.06.2000; Decisione 98/238/CE del 01.03.1998, Repubblica tunisina, in GU L 97 del 30.03.1998.

La loro caratteristica è quella di stabilire quale trattamento accordare ai cittadini dei Paesi terzi parti ai suddetti accordi che soggiornano nel territorio di uno Stato membro. In particolare, i primi due recano alcune norme che seguono da vicino quelle comunitarie sulla libera circolazione dei lavoratori, sulla libertà di stabilimento e sulla parità di trattamento in materia di condizioni di lavoro, remunerazione e di licenziamento dal momento che la circolazione e il trattamento nell'Unione dei cittadini dei Paesi terzi interessati è strettamente collegata all'esercizio di un'attività economica⁷⁹².

Con riferimento all'accordo stipulato con la Turchia la Corte di giustizia ha precisato che si tratta di un atto suscettibile di incidere direttamente o a mezzo delle fonti in essi previste sui poteri degli Stati membri di disciplinare il soggiorno e il trattamento di alcune categorie di cittadini turchi, e che gli stessi e le decisioni adottate dai rispettivi Consigli di associazione sono parte integrante del diritto comunitario⁷⁹³.

⁷⁹² Cfr. tra loro gli artt. 39-42 TCE e 28, 31 e 36 dell'Accordo SEE; nonché gli artt. 1-7 e 16 dell'Accordo con la Svizzera.

⁷⁹³ V. le sentenze della CGCE: 30 aprile 1974 Causa 181/73, *Haegeman c. Belgio*, in Racc., p. 449 ss., punto 5; 30 settembre 1987 Causa 12/86, *Demirel c. Comune di Schwäbisch Gmünd*, in Racc., p. 3719 ss., punti 7-12; e 20 settembre 1990 Causa C-192/89, *Sevince c. Staatssecretaris van Justitie*, in Racc., p. I-3461 ss., punti 8-12. In particolare, la Corte si è soffermata su taluni diritti, riconosciuti ai cittadini turchi, in base alla decisione 1/80 adottata dal Consiglio di associazione (19 settembre 1980). L'organo giurisdizionale ha osservato che l'accordo in esame non riconosce ai cittadini del Paese terzo contraente il diritto di ingresso nel territorio dello Stato membro, pertanto la decisione 1/80 non incide affatto sul potere di questi di disciplinare l'ingresso e il soggiorno dei cittadini turchi sul proprio territorio (le sentenze del 23 gennaio 1997 Causa C-171/95, *Tetik c. Land Berlino*, in Racc. I-329, punto 21; 16 dicembre 1992, Causa C-237/91, *Kus c. Landeshauptstadt Wiesbaden*, in Racc., p. I-6781, punto 25; *Savas*, cit., punto 58). Inoltre, prendendo in esame i diritti previsti dall'art. 6 par. 1 e 3 dell'atto (precisamente il diritto al rinnovo del permesso di lavoro, dopo un anno di attività, per la prosecuzione del rapporto con lo stesso datore di lavoro, nonché la candidatura ad un altro posto di lavoro, presso datore diverso dopo tre anni di prestazione, o per attività diversa, dopo quattro anni di prestazione), la Corte di Lussemburgo ha stabilito che essi "implicano necessariamente...l'esistenza di un diritto di soggiorno in capo all'interessato" (v. le sentenze 30 settembre 1997, Causa C-98/96, *Estanir c. Land Hessen Recau*, in Racc., p. I-5179, para. 26; 26 novembre 1998, Causa C-1/97, *Mehmet Birden c. Stadtgemeinde Bremen*, in Racc., p. I-7747, para. 37. Un orientamento pressoché simile lo ritroviamo nella sentenza *Sürül* relativamente all'applicazione del principio dell'eguaglianza di trattamento sancito all'art. 3.1 della decisione 3/80 del Consiglio d'associazione CEE-Turchia, 4 maggio 1999, Causa C-262/96, in Racc., p. I-2685, para. 105. Per un commento a quest'ultima sentenza, v. P. N. STANGOS, *La jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés européennes concernant les travailleurs migrants, ressortissants de pays tiers*, in RAE, 2000, p. 112) specie se si considera che l'integrazione del lavoratore turco nell'ambito della forza

La Corte ha ritenuto in generale che le disposizioni di un accordo tra la Comunità e Stati terzi, nonché le decisioni dei Consigli di associazione, sono direttamente efficaci ove le stesse implicino un obbligo chiaro e preciso con effetti indipendenti dall'adozione di un atto ulteriore, ossia non necessitano di norme interne di adattamento⁷⁹⁴.

Inoltre, nell'ambito degli accordi stipulati tra la Comunità e gli Stati terzi la giurisprudenza comunitaria in materia di diritti dei cittadini extracomunitari ha investito anche questioni inerenti alle condizioni di lavoro⁷⁹⁵, all'esercizio dei diritti sindacali⁷⁹⁶, nonché alle prestazioni riconducibili alla sicurezza sociale⁷⁹⁷.

Le questioni direttamente connesse all'immigrazione legale e clandestina hanno costituito, specie dopo il Consiglio europeo di Tampere, la base per taluni programmi di cooperazione a lungo termine proposti dalla Commissione europea. Di seguito segnaliamo alcuni esempi dell'azione comunitaria volta

lavoro dello Stato membro ospitante non può prescindere dal riconoscimento di un loro diritto alla libera circolazione in detto Stato (v. tra le altre, le sentenze 30 settembre 1997 Causa C-36/96, *Günaydin c. Freistaat Bayern*, in Racc., p. I-5143 ss., punti 22 e 37; *Estanir*, cit., punto 22; e 17 aprile 1997 Causa C-351/95, *Kadiman c. Freistaat Bayern*, in Racc., p. I-2133, punto 30).

⁷⁹⁴ A riguardo, v. le sentenze del 2 marzo 1999, causa 416/96, *El Yassini*, in Racc., pag. I-1209, punto 27 ss.; 4 maggio 1999 causa C-262/96, *Sürül c. Bundesanstalt für Arbeit*, in Racc., p. I-2685, punto 60; 14 settembre 2000 causa C-235/99, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department*, ex parte *Kondova*, punto 48 ss. e 27 settembre 2001 causa C-257/99, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department*, ex parte *Malik*, punto 30 ss.; 14 dicembre 2006 causa C-97/05, *Gattoussi*, punto 24 ss. In dottrina, M. T. D'ALESSIO, *L'efficacia diretta degli accordi internazionali conclusi dall'Unione europea*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, cit., p. 69 ss. L'organo giurisdizionale ha, tuttavia, escluso la diretta applicabilità delle norme contenute negli artt. 12 e 13 dell'Accordo con la Turchia poiché hanno natura programmatica limitandosi a prevedere la progressiva graduale applicazione della libera circolazione dei lavoratori (v. le sentenze *Demirel* cit. e 11 maggio 2000, Causa C-37/98, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department* ex parte *Abdulnasir Savas*, in Racc. p. I-2927).

⁷⁹⁵ V. sentenze 8 maggio 2003, Causa C-438/00, *Deutscher Handballbund*, in Racc., p. I-4135; 29 gennaio 2002, Causa C-162/00, *Pokrzeptowicz-Meyer*, in Racc., p. I-1049.

⁷⁹⁶ V. sentenze 8 maggio 2003, Causa C-171/01, *Wahlergruppe Gemeinsam*, in Racc., p. I-4301; 10 febbraio 2000, Causa C-340/97, *Nazli*, in Racc., p. I-957.

⁷⁹⁷ V. ord. 12 febbraio 2003, Causa C-23/02, *Alami*, in Racc., p. I-1399; sentenze 3 ottobre 1996, Causa C-126/95, *Hallouzi-Choho*, in Racc., p. I-4807; e 31 gennaio 1991, Causa C-18/90, *Kziber*, in Racc., p. I-199.

all'assistenza diretta e indiretta dei Paesi terzi nella gestione dell'emigrazione legale e clandestina⁷⁹⁸.

Il programma di cooperazione economica e finanziaria del partenariato euromediterraneo (MEDA)⁷⁹⁹ si propone di fornire assistenza finanziaria e tecnica ai paesi a sud del Mediterraneo (Algeria, Cipro, Egitto, Israele, Giordania, Libano, Malta, Marocco, Siria, Territori palestinesi, Tunisia e Turchia) al fine di sostenere la transizione economica dei paesi terzi mediterranei e l'istituzione di una zona euromediterranea di libero scambio appoggiando le riforme economiche e sociali per l'ammodernamento delle imprese e lo sviluppo del settore privato, nonché lo sviluppo socioeconomico sostenibile attraverso la cooperazione e l'assistenza tecnica finalizzate a ridurre l'immigrazione clandestina, il narcotraffico e la criminalità internazionale.

⁷⁹⁸ Tra gli strumenti volti a rafforzare il sistema di gestione globale delle migrazioni provenienti da Stati terzi confinanti con l'Unione europea ricordiamo: il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1638/2006 del 24 ottobre 2006 recante disposizioni generali che istituiscono uno strumento europeo di vicinato e partenariato, in GU L 310 del 9/11/2006 e le comunicazioni della Commissione *Applicazione dell'approccio globale in materia di migrazione alle aree orientali e sudorientali vicine all'Unione europea* (COM(2007)247 def. del 16.5.2007) e *Migrazione circolare e i partenariati per la mobilità fra l'Unione europea e i paesi terzi* (COM(2007)248 def. del 16.5.2007). Il primo istituisce uno strumento di vicinato e partenariato volto a fornire un'assistenza comunitaria finalizzata alla creazione di una zona di prosperità tra l'Unione europea e i paesi confinanti (art. 1). L'attività della Comunità riguarderà tra le altre cose (art. 2): il sostegno alle politiche volte a promuovere l'occupazione e la protezione sociale, inclusa la protezione dei lavoratorimigranti (lett. i) e al processo di riforma e rafforzamento delle capacità in materia di giustizia e affari interni, comprese questioni quali il diritto d'asilo, la migrazione e la riammissione (lett. r); la promozione del dialogo multiculturale (lett. v); nonché l'assistenza nelle situazioni di crisi e il sostegno ai profughi e agli sfollati (lett. aa). Le comunicazioni della Commissione mirano a definire il dialogo e la cooperazione tra l'UE e i Paesi confinanti sulla base di un'analisi che tenga conto dei flussi migratori legali e clandestini, dell'offerta e della domanda globale di manodopera, della gestione della migrazione economica e della necessità di protezione internazionale.

⁷⁹⁹ Regolamento (CE) n. 1488/96 del Consiglio del 23 luglio 1996 relativo a misure d'accompagnamento finanziarie e tecniche (MEDA) a sostegno della riforma delle strutture economiche e sociali nel quadro del partenariato euromediterraneo, in GU L 189 del 30 luglio 1996, pp. 1-9 e i relativi atti modificativi: reg. n. 780/98 del 18.04.1998, in GU 113 del 15 aprile 1998; reg. n. 2698/2000 del 15.12.2000, in GU 311 del 12 dicembre 2000; e reg. n. 2112/2005 del 28.12.2000, in GU 344 del 27 dicembre 2005.

Il programma regionale di assistenza CARDS⁸⁰⁰, che interessa i Balcani occidentali, intende favorire la partecipazione di taluni Paesi al processo di stabilizzazione e di associazione all'UE. Tra gli obiettivi che il programma intende raggiungere, di particolare interesse risultano gli interventi di assistenza volti alla ricostruzione, alla stabilizzazione della regione, all'aiuto per il rimpatrio dei profughi e degli sfollati, alla lotta contro il crimine organizzato, allo sviluppo di un'economia di mercato sostenibile e alla cooperazione regionale, transnazionale ed internazionale.

Il programma di assistenza tecnica TACIS⁸⁰¹ promuove la democratizzazione, il consolidamento dello Stato di diritto e la transizione verso l'economia di mercato degli Stati indipendenti dell'Europa orientale e dell'Asia centrale⁸⁰². Esso si prefigge principalmente tre obiettivi: sviluppare un sistema globale per la gestione delle frontiere, l'emigrazione e l'asilo onde combattere l'introduzione dei clandestini e ridurre i flussi migratori illegali; contrastare il traffico di droga predisponendo un "filtro" tra l'Afghanistan e le zone geografiche lungo la "via della seta"; ed attuare misure anticorruzione efficaci negli Stati partner, mediante l'adozione di una legislazione e di pratiche adeguate nella pubblica amministrazione e nella società civile per combattere efficacemente il fenomeno.

Il dialogo sull'emigrazione si è sviluppato anche in Asia, nell'ambito dell'ASEM⁸⁰³ e in America Latina⁸⁰⁴; l'UE ha inteso intensificare gli sforzi, in

⁸⁰⁰ Regolamento (CE) n. 2666/2000 del Consiglio, del 5 dicembre 2000, relativo all'assistenza all'Albania, alla Bosnia-Erzegovina, alla Croazia, alla Repubblica federale di Jugoslavia e all'ex Repubblica iugoslava di Macedonia e relativi atti modificativi: reg. n. 2415/2001 del 12.12.2001, in GU L 327 del 12.12.2001; reg. n. 2257/2004 del 02.01.2005, in GU L 389 del 30.12.2004; e reg. n. 2112/2005 del 28.12.2005, in GU L 344 del 27.12.2005.

⁸⁰¹ Regolamento (CE, Euratom) n. 99/2000 del Consiglio, del 29 dicembre 1999, relativo alla prestazione di assistenza agli Stati partner dell'Europa orientale e dell'Asia centrale e atto di modifica reg. n. 2112/2005, del 28.12.2005, in GU L 344 del 27.12.2005.

⁸⁰² Si tratta dei seguenti paesi: Armenia, Azerbaigian, Bielorussia, Georgia, Kazakistan, Kirghizistan, Moldavia, Mongolia, Uzbekistan, Russia, Tagikistan, Turkmenistan e Ucraina.

⁸⁰³ Comunicazione della Commissione al Consiglio, del 4 settembre 2001 "Un quadro strategico per rafforzare le relazioni di partenariato Europa-Asia", COM(2001) 469, non pubblicata sulla Gazzetta ufficiale.

uno spirito di cooperazione costruttiva, per migliorare la gestione della migrazione in tali regioni.

Infine, con riferimento alla regione africana l'UE intende elaborare una strategia al fine di: instaurare un dialogo equilibrato su un'ampia serie di problemi connessi alla migrazione, in cooperazione con l'Unione africana, le organizzazioni regionali e gli Stati africani; acquisire le capacità per una migliore gestione della migrazione, compresa la fornitura di assistenza tecnica e finanziaria; affrontare le cause della migrazione, come la povertà e la mancanza di sicurezza; rafforzare i legami tra la migrazione e lo sviluppo, per esempio, rendendo più sicure, facili ed economiche le rimesse e trasformando le diaspore in elementi di sviluppo; combattere il traffico dei migranti e la tratta degli esseri umani e l'immigrazione clandestina; rafforzare la protezione degli sfollati e dei rifugiati⁸⁰⁵.

4.4.2 Gli accordi di riammissione

Per quanto riguarda gli accordi di riammissione conclusi dalla Comunità⁸⁰⁶, va ricordato che il Consiglio ha recentemente indicato i criteri per l'individuazione degli Stati terzi con i quali avviare negoziati in materia: gli Stati dai quali deriva una pressione migratoria sull'Unione; gli Stati parti di

⁸⁰⁴ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, dell' 8 dicembre 2005, "Un partenariato rafforzato tra l'Unione europea e l'America latina", COM(2005) 636 def., non pubblicata sulla Gazzetta ufficiale.

⁸⁰⁵ Come è stato ribadito nella Comunicazione della Commissione COM(2005)621 def. del 31 novembre 2005 "Priorità d'azione per rispondere alle sfide dell'immigrazione. Prima iniziativa presa dopo la riunione di Hampton Court", p. 5 ss.

⁸⁰⁶ In materia di riammissione è da ritenere inammissibile una competenza esclusiva della Comunità, v. B. NASCIMBENE, *Relazioni esterne e accordi di riammissione*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, cit., p. 307 ss. Nell'ambito della riunione del Consiglio giustizia e affari interni del 2 dicembre 1999 è stata adottata una decisione "relativa all'inclusione del modello di clausola di riammissione negli accordi comunitari e negli accordi tra la Comunità europea, i suoi Stati membri e i Paesi terzi", su www.ue.eu.int/jai. In particolare, la questione relativa alle misure di rimpatrio nel quadro degli accordi stipulati in materia di riammissione è stata oggetto di una particolare disciplina all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario. In argomento, v. L. ALENI, *La politica dell'Unione Europea in materia di rimpatrio e il rispetto dei diritti fondamentali*, in *DUE*, 3/2006, p. 585 ss.; D. BOUTILLET-PAQUET, *Passing the Buck : A Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and its Member States*, in *EJML*, 2003; M. SCHIEFFER, *Community Readmission Agreements with Third Countries - Objectives, Substance and current State of negotiations*, ivi.

accordi di cooperazione e di associazione; gli Stati individuati in considerazione della loro posizione geografica, come quelli adiacenti all'Unione; gli Stati già parti di accordi bilaterali con gli Stati membri⁸⁰⁷. Inoltre, l'organo comunitario ha adottato un regolamento istitutivo di un programma di assistenza finanziaria e tecnica ai Paesi terzi in materia di migrazione e asilo (AENEAS)⁸⁰⁸ volto a fornire forme di incentivazioni per gli Stati terzi che intendano concludere o che concludano accordi di riammissione con la Comunità (art. 1 paras. 1 e 2).

Con riferimento a quelli che potremmo definire veri e propri accordi di riammissione, è sufficiente richiamare gli accordi conclusi dalla Comunità con Hong Kong, Macao, Sri Lanka, Albania e Russia che prevedono la riammissione dei cittadini delle parti contraenti, dei cittadini di Stati terzi e degli apolidi, nonché l'ammissione in transito, su richiesta dell'altra parte contraente⁸⁰⁹. Con tali accordi, in linea generale, le Parti contraenti si impegnano a riammettere nel proprio territorio i rispettivi cittadini oggetto di eventuali provvedimenti di allontanamento. Essi stabiliscono, su basi di

⁸⁰⁷ Doc. 7990/02 del 16 aprile 2002.

⁸⁰⁸ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 491/2004 del 10 marzo 2004, in GUUE L 80 del 18 marzo 2004. La Commissione europea ha lanciato un nuovo programma di cooperazione con i paesi terzi nel campo dell'immigrazione e dell'asilo per il periodo 2007-2010 (*Strategy Paper for the Thematic Programme of Cooperation with Third Countries in the Areas of Migration and Asylum*), che richiama il precedente (AENEAS), con l'intento di sostenere gli sforzi dei paesi terzi per una migliore gestione dei flussi migratori. Il programma rivolge l'attenzione principalmente ai paesi situati lungo le rotte migratorie sudorientali che portano verso l'Unione europea. Dal punto di vista sostanziale, il programma contempla tutti gli aspetti fondamentali del fenomeno migratorio: rafforzamento del legame fra immigrazione e sviluppo; promozione di una valida gestione dell'immigrazione a fini lavorativi; lotta contro l'immigrazione clandestina e più facile riammissione degli immigrati irregolari; protezione degli immigrati contro lo sfruttamento e l'esclusione; promozione dell'asilo e della protezione internazionale.

⁸⁰⁹ Accordi sulla riammissione delle persone in soggiorno irregolare, con i governi delle Regioni ad amministrazione speciale di Hong Kong (del 27 novembre 2002) e di Macao (del 13 ottobre 2003) della Repubblica popolare cinese pubblicati rispettivamente in GUUE L 17 del 24 gennaio 2004, p. 25 ss. e in GUUE L 143 del 30 aprile 2004, p. 99 ss.; Accordi con lo Sri Lanka del 4 giugno 2004 e con l'Albania del 15 aprile 2005 entrambi pubblicati in GUUE L 124 del 17 maggio 2005, p. 22 ss.; Accordo tra la Comunità europea e la Federazione russa di facilitazione del rilascio dei visti ai cittadini dell'Unione europea e della Federazione russa, in GUUE L 129 del 17 maggio 2007, p. 27 ss. Nel 2007 la Comunità ha concluso una serie di accordi di riammissione, tra questi l'accordo con l'Ucraina, la Bosnia-Erzegovina, l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia, il Montenegro, la Serbia e la Moldova. Si consulti a riguardo la pagina web <http://www.consilium.europa.eu/>.

reciprocità, procedure rapide ed efficaci per identificare e rimpatriare le persone che non soddisfano o non soddisfano più le condizioni per l'ingresso, la presenza o il soggiorno nei territori degli Stati terzi o di uno degli Stati membri dell'UE, e di agevolare il transito di queste persone in uno spirito di cooperazione⁸¹⁰.

Per quanto riguarda altre tipologie di accordi internazionali conclusi dalla Comunità che contemplano discipline non direttamente connesse alla riammissione ma che incidono su tale processo, sembra utile segnalare: gli accordi recanti intenti di collaborazione nella lotta contro le migrazioni illegali in base al principio e alla prassi della riammissione⁸¹¹; i trattati che, nel quadro più generale della cooperazione, riaffermano l'obbligo di riammissione previsto dal diritto internazionale consuetudinario anche nei confronti dei cittadini di Stati terzi all'accordo⁸¹²; o ancora, gli accordi di associazione che

⁸¹⁰ Gli obblighi reciproci di riammissione dei cittadini, o dei residenti permanenti delle Regioni ad amministrazioni speciali (RAS) della Repubblica popolare cinese (Hong Kong e Macao), sono connessi all'esistenza di prove o fondate presunzioni che le persone interessate siano cittadini delle parti contraenti, o dei residenti in parola. Tra le principali differenze tra gli accordi in esame, va ricordato che, diversamente dallo Sri Lanka per il quale è stato necessario elaborare un documento comune, le due RAS e l'Albania hanno accettato l'uso del documento di viaggio *standard* dell'Unione a fine di espulsione. Inoltre, l'accordo con l'Albania precisa che la clausola generale di non incidenza sugli obblighi di diritto internazionale delle parti contraenti, comune a tutti gli altri atti, riguarda "in particolare" la Convenzione europea sui diritti dell'uomo del 1950, la Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati del 1951 e il Protocollo del 1967, nonché gli strumenti internazionali in materia di estradizione. Per quanto riguarda l'accordo con la Russia, lo scopo è quello di agevolare, su basi di reciprocità, il rilascio di visti ai cittadini dell'UE e della Russia per soggiorni previsti di massimo 90 giorni per periodi di 180 giorni. È inoltre prevista una procedura accelerata speciale per le persone fermate nelle regioni transfrontaliere comuni, che sarà così possibile rimpatriare in pochi giorni. L'accordo prevede garanzie necessarie in materia di protezione dei dati e di rispetto dei diritti fondamentali e istituisce un comitato misto che ne controllerà l'attuazione.

⁸¹¹ Accordo di partenariato e di cooperazione tra la Comunità, i suoi Stati membri e l'Ucraina del 14 giugno 1994 (in GUCE L 49 del 19 febbraio 1998, p. 3 ss.) e il Kazakistan del 23 gennaio 1995 (in GUCE L 248 del 21 settembre 1999); Accordo euromediterraneo del 17 luglio 1995 (in GUCE L 97 del 30 marzo 1998, p. 2 ss.) istitutivo di un'Associazione tra la Comunità, i suoi Stati membri e la Tunisia; Accordo euromediterraneo con Israele del 20 novembre 1995 (in GUCE L 177 del 21 giugno 2000, p. 3 ss.).

⁸¹² A titolo di esempio, l'art. 72 dell'Accordo di partenariato e cooperazione con l'Uzbekistan del 21 giugno 1996 (in GUCE L 229 del 31 agosto 1999, p. 3 ss.); l'art. 13 della Convenzione di Cotonou secondo cui ciascuno degli Stati ACP si è impegnato ad accettare "*il rimpatrio e la riammissione dei propri cittadini presenti illegalmente sul territorio di uno Stato membro dell'Unione europea e li riammette sul proprio territorio su richiesta di detto Stato membro e senza ulteriori formalità*", Benin, 23 giugno 2000; l'art. 84 dell'Accordo con l'Algeria del 22 aprile 2002 (in GUCE L 265 del 10 ottobre 2005, p. 2 ss.); e l'art. 5 del

recano dichiarazioni con le quali le parti contraenti convengono di disciplinare sul piano bilaterale la riammissione dei propri cittadini, raramente estesa ai cittadini di Stati terzi⁸¹³.

4.4.3 I rapporti di collaborazione tra UE, ONU e OIL in materia di migrazioni economiche

La previsione di una gestione multilaterale del fenomeno migratorio non si esaurisce nelle c.d. “clausole sull’immigrazione” inserite negli accordi internazionali stipulati dalla Comunità europea con i Paesi terzi, bensì trova spazio anche in una serie di iniziative che la Comunità ha condotto in collaborazione con altre organizzazioni internazionali, tra cui l’OIL e le Nazioni Unite⁸¹⁴.

In particolare, in una recente comunicazione⁸¹⁵ la Commissione europea ha evidenziato, sulla base di taluni orientamenti dell’OIL, la necessità di promuovere l’attuazione di una politica che abbia come fine ultimo il raggiungimento del c.d. “decent work”⁸¹⁶ mediante un approccio integrato che tenga conto del rispetto dei diritti fondamentali in materia di lavoro. In tale

Memorandum di intesa con la Cina del 12 febbraio 2004 (in GUUE L 83 del 20 marzo 2004, p. 14 ss.).

⁸¹³ V. ad esempio, l’Allegato III all’Accordo con il Vietnam del 17 luglio 1995 (in GUCE L 136 del 7 giugno 1996, p. 29 ss.); la dichiarazione congiunta allegata all’Accordo con lo Yemen del 25 novembre 1997 (in GUCE L 72 dell’11 marzo 1998, p. 18 ss.); l’Accordo che istituisce un’Associazione con la Giordania del 24 novembre 1997 (in GUCE L 129 del 15 maggio 2002, p. 3 ss.).

⁸¹⁴ In generale con riferimento alle relazioni tra UE e organizzazioni internazionali, v. M. CICONI, *Aspetti istituzionali delle relazioni tra Unione Europea e Nazioni Unite*, in P. MARIANI, *Le relazioni internazionali dell’Unione europea*, cit., p. 139 ss. S. MARCHISIO, *EU’s Membership in International Organization*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, cit., p. 231 ss.; J. SACK, *The European Community’s Membership of International Organizations*, in *CMLR*, 32(1995), pp. 1227-1256. Sulla partecipazione della CE all’OIL, v. L. CAVICCHIOLI, *The relations between the European Community and the International Labour Organization*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, cit., p. 261 ss.; L. PELAGGI, *Organizzazione Internazionale del Lavoro ed Unione europea: necessità di coordinamento*, in *DL*, 1994, I; F. MAUPAIN, *Particularismes Institutionnels et vocation universelle: Les défis croisés des relations CEE-OIT*, in *RGDIP*, 1990, p. 50 ss.

⁸¹⁵ COM(2006)249 final del 24 maggio 2006, *Promoting decent work for all. The contribution to the implementation of the decent work agenda in the world*.

⁸¹⁶ La promozione del “decent work” finalizzata al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro per tutti è stata oggetto delle Conclusioni del Consiglio dell’UE (*Decent work for*

circostanza, l'istituzione comunitaria ha infatti riconosciuto l'importanza che i "core labour standards" rivestono all'interno di numerose politiche nazionali ed europee (si registra, infatti, un alto tasso di ratifiche di tali convenzioni tra i Paesi Membri dell'UE); nonché il ruolo complementare che tali norme svolgono in relazione a quei settori che non sono coperti (o lo sono in parte) dalla legislazione comunitaria (es. ispezioni sul lavoro, libertà sindacali, contrattazione collettiva, sicurezza sociale)⁸¹⁷.

Per quanto riguarda le relazioni esterne dell'UE, la comunicazione ridefinisce le strategie di intervento previste negli accordi di associazione e di cooperazione con i Paesi terzi tenendo conto del dialogo internazionale sul "decent work"⁸¹⁸; nonché della necessità di predisporre forme di collaborazione volte a facilitare la gestione dei flussi migratori specie con riferimento al trasferimento delle rimesse verso i Paesi di origine, all'impatto del fenomeno della "fuga dei cervelli", alla tutela dei diritti sul lavoro e alla lotta dell'immigrazione clandestina e della tratta di esseri umani⁸¹⁹.

Nell'ambito del recente rapporto *Uguaglianza nel lavoro: affrontare le sfide*⁸²⁰ sulle principali forme di discriminazione nel mondo del lavoro, l'OIL ha osservato che le forme di integrazione regionale, quale quella europea, contribuiscono ad una maggiore protezione dei lavoratori migranti (siano essi comunitari che cittadini di Paesi terzi) soprattutto in termini di eguaglianza di opportunità rispetto ai nazionali⁸²¹. Il rapporto evidenzia, inoltre, le numerose iniziative condotte attualmente dall'OIL in collaborazione con le istituzioni comunitarie e gli Stati membri. A titolo di esempio, vengono segnalati i c.d. "discrimination testing projects" in diversi Paesi europei (Italia, Francia, Svezia e Belgio) che mirano a verificare il tasso di discriminazione nei

all) nel corso del meeting 2767th *Employment, Social Policy, Health and Consumer Affaire*, 30 novembre-1° dicembre 2006.

⁸¹⁷ COM(2006)249, cit., para. 3.1.

⁸¹⁸ *Ivi*, para. 3.3.

⁸¹⁹ *Ivi*, para. 3.4.

⁸²⁰ Global Report, *Equality at Work: Tackling the challenges*, 2007, cit.

⁸²¹ *Ivi*, para. 111.

confronti dei lavoratori migranti nelle fasi di accesso al lavoro⁸²²; nonché i programmi promossi dall'OIL e supportati dall'UE: *Promoting equality in diversity: Integration in Europe* relativo alle buone pratiche nazionali anti-discriminazione, *Labour Migration for integration and Development in Africa* (2005) e *Asian Programme on the Governance of Labour Migration* (2006) sul rafforzamento delle capacità dei governi e dei partners sociali nella gestione delle migrazioni economiche e nella promozione degli standards internazionali in materia di lavoro attraverso il dialogo sociale⁸²³.

Il multilateralismo come fondamento delle relazioni esterne dell'Unione europea non si esaurisce esclusivamente nei rapporti tra Comunità europea e OIL, bensì caratterizza l'impegno comunitario nei confronti del più generale sistema delle Nazioni Unite⁸²⁴. In particolare, la cooperazione tra le due organizzazioni ha rappresentato negli ultimi anni il mezzo più efficace per la gestione multilaterale dei flussi migratori. Tuttavia, non è sufficiente promuovere l'adozione di politiche internazionali in materia se sul piano puramente normativo i singoli governi nazionali non si impegnano ad adottare ed attuare strumenti e misure di tutela nei confronti dei soggetti migranti.

A fronte della mancata ratifica da parte dei Membri dell'UE della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia⁸²⁵, infatti, il Comitato economico e sociale europeo ha ribadito che “è necessario che l'UE promuova anche i diritti fondamentali dei migranti mediante l'adozione di norme internazionali”⁸²⁶ e “... che tutti gli Stati membri ratifichino le convenzioni internazionali sulla protezione dei

⁸²² *Ivi*, para. 449.

⁸²³ *Ivi*, paras. 450-451.

⁸²⁴ A riguardo, v. la comunicazione della Commissione COM(2003)526 del 11 settembre 2003, *L'Unione europea e le Nazioni Unite: la scelta del multilateralismo*.

⁸²⁵ In argomento, v. E. MACDONALD, R. CHOLEWINSKI, *The Migrant Workers Convention in Europe. Obstacles to the Ratification of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families: EU/EEA Perspectives*, UNESCO, 2007.

⁸²⁶ Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema *La convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti*, 2004/C 302/12 del 30 giugno 2004, para. 3.2.

diritti umani fondamentali e che ne recepiscano i precetti giuridici sia nella legislazione comunitaria che nazionale”⁸²⁷.

Il rapporto tra la convenzione delle Nazioni Unite sui lavoratori migranti e la normativa comunitaria, infatti, dovrebbe essere considerato in una prospettiva tesa a verificare i margini di effettiva attuazione dei diritti riconosciuti dagli strumenti convenzionali nel diritto interno dei singoli Paesi membri. In altre parole, occorrerebbe analizzare all'interno di ciascun ordinamento statale il grado di coordinamento esistente tra le norme di attuazione del diritto comunitario e quelle del diritto internazionale. Nel caso da noi preso in esame, tale questione rimane ancora aperta dal momento che i Paesi europei non hanno ancora provveduto a ratificare la Convenzione sui lavoratori migranti. Tuttavia, vi sono almeno due profili che potrebbero risultare interessanti in questa fase: da un lato, le garanzie previste in favore dei lavoratori migranti potenziali richiedenti asilo, e dall'altro le procedure di regolarizzazione.

Nel primo caso, potrebbe verificarsi una situazione in cui un lavoratore proveniente da un Paese terzo presenti domanda di asilo in uno degli Stati membri dell'UE. Se per qualche ragione, tale richiesta non venisse accolta (in quanto non sono stati rispettati i requisiti previsti dalla normativa comunitaria in materia), l'incorporazione degli standards internazionali a tutela del lavoratore migrante da parte degli Stati membri nei rispettivi ordinamenti giuridici potrebbe garantire comunque una qualche forma di tutela nei confronti di tali soggetti pur non riguardando espressamente l'asilo.

Per quanto riguarda il profilo delle regolarizzazioni dei lavoratori irregolari, appare piuttosto insolito osservare che nonostante non abbiano ratificato la Convenzione delle Nazioni Unite perché probabilmente particolarmente garantista nei confronti dei migranti irregolari, gli Stati europei di immigrazione hanno consolidato al loro interno una prassi che va proprio in tal senso. Infatti, a fronte dei ricorrenti fallimenti delle politiche di controllo dei

⁸²⁷ *Ivi*, para. 5.6.

flussi migratori, gli Stati periodicamente mettono a disposizione procedure di regolarizzazione; un simile orientamento lungi dal corrispondere al rispetto di un obbligo internazionalmente imposto, rientrerebbe nel più generale concetto di sovranità territoriale che lo Stato esercita in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri⁸²⁸. Poiché tali procedure rischiano di incrementare l'afflusso di migranti irregolari in attesa di regolarizzazione, sarebbe auspicabile predisporre a livello europeo un sistema unificato di regolarizzazioni periodiche⁸²⁹.

Considerazioni conclusive

Il controllo delle frontiere esterne rappresenta uno degli aspetti fondamentali della disciplina comunitaria in materia di immigrazione contenuta nel TCE; il raggiungimento di tale obiettivo si fonda da un lato sulla gestione dei flussi di ingresso dai Paesi terzi e dall'altro sul contrasto all'immigrazione irregolare. Negli ultimi anni, infatti, le istituzioni comunitarie hanno indirizzato parte dell'attività legislativa verso il consolidamento dello *status* di cittadino di Paesi terzi all'interno del territorio dell'Unione mediante il riconoscimento di una serie di garanzie che vanno dal ricongiungimento familiare al permesso di soggiorno per i residenti di lungo periodo, alla tutela di coloro che migrano per motivi di studio o di ricerca. Tra le questioni che sono state oggetto di approfondimento, particolare attenzione merita l'adozione di misure volte al contrasto dell'immigrazione clandestina e della tratta di esseri umani tra il primo e il terzo pilastro UE.

Una clausola relativa alla gestione dei flussi migratori ed in particolare al controllo dell'immigrazione illegale è stata, inoltre, inserita dagli organi

⁸²⁸ La Convenzione ONU del 1990, infatti, prevede che nessuna disposizione "deve essere interpretata nel senso di comportare la regolarizzazione della situazione dei lavoratori emigranti o dei membri delle loro famiglie che non sono in possesso di documentazione o che sono in situazione irregolare e neppure comporta un qualsivoglia diritto a tale regolarizzazione della loro situazione..." (art. 35), né "deve danneggiare il diritto di ciascuno Stato contraente di stabilire i criteri che regolano l'ammissione di lavoratori emigranti e dei membri delle loro famiglie..." (art. 79).

⁸²⁹ Cfr. F. VASSALLO PALEOLOGO, *La Convenzione ONU del 1990 sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie in rapporto alle normative ed alle prassi dell'Unione Europea*, in *SE*, XIL(153), 2004, p. 59.

comunitari all'interno degli accordi di cooperazione e di associazione stipulati con i Paesi terzi e nell'ambito dei programmi regionali di assistenza tecnica e finanziaria. Nell'ambito delle relazioni esterne dell'UE, inoltre, la Comunità ha concluso una serie di accordi di riammissione con i Paesi terzi in virtù dei quali le Parti contraenti si impegnano a riammettere nel proprio territorio i rispettivi cittadini oggetto di eventuali provvedimenti di allontanamento.

La previsione di una gestione multilaterale del fenomeno migratorio non si esaurisce nelle c.d. "clausole sull'immigrazione" inserite negli accordi internazionali stipulati dalla Comunità europea ma trova spazio anche in una serie di iniziative che la stessa Comunità ha condotto in collaborazione con altre organizzazioni internazionali, tra cui l'OIL e le Nazioni Unite.

In sintesi, ci sembra che siano da apprezzare non soltanto gli sforzi compiuti dalle istituzioni comunitarie al fine di creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui la libera circolazione dei lavoratori extracomunitari all'interno dell'Unione potesse realizzarsi congiuntamente al riconoscimento e al godimento di altri diritti fondamentali (tra cui quelli in materia di lavoro), ma anche le iniziative condotte allo scopo di rafforzare i controlli alle frontiere esterne favorendo l'ingresso legale dei cittadini provenienti da Stati terzi nell'Unione, nonché di gestire in maniera multilaterale il fenomeno migratorio in collaborazione con altre organizzazioni internazionali.

Conclusioni

Appare opportuno, giunti al termine di questo lavoro, riassumerne i principali risultati alla luce delle finalità della ricerca, ossia l'individuazione, all'interno del sistema delle fonti internazionali in materia di migrazioni (che fa capo principalmente all' ONU e all'OIL), di norme poste a tutela dei lavoratori migranti applicabili tanto alla sfera dei rapporti interpersonali che a quella lavorativa. Attenzione è stata rivolta anche ad enti non appartenenti alla "famiglia" delle Nazioni Unite, la cui attività è apparsa funzionale allo scopo della ricerca (Consiglio d'Europa e Unione europea).

Un'indagine che si propone di analizzare il sistema delle fonti internazionali in materia di migrazioni economiche, non può essere condotta se non successivamente all'individuazione dei soggetti principalmente coinvolti, ossia i lavoratori migranti. Tale operazione è passata attraverso il tentativo, dimostratosi piuttosto insoddisfacente, di ridefinire il "migrante" come categoria giuridica autonoma sulla base della prassi relativa di taluni organismi internazionali. Tuttavia, l'attuale impossibilità di ricondurre le diverse categorie di migranti (rifugiati, profughi, richiedenti asilo, lavoratori migranti) ad un'unica macro-categoria, non rappresenta un ostacolo al tentativo di inquadrare più da vicino i soggetti che costituiscono oggetto dell'indagine mediante una ricognizione sommaria della prassi normativa pertinente. Se gli strumenti internazionali di riferimento (in particolare, le convenzioni OIL del 1949 e del 1975, la Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 1990, e la Convenzione europea sullo *status* di lavoratore migrante del 1977), infatti, forniscono una definizione piuttosto chiara ed esaustiva di "lavoratore migrante", lo stesso non può dirsi prendendo in esame altri contesti giuridici (UE e OMC) dove tale definizione può assumere contorni più sfumati in ragione delle diverse finalità che tali ordinamenti perseguono.

L'analisi preliminare delle cause che determinano la condizione di "vulnerabilità" dei migranti (ed in particolare dei lavoratori) e l'individuazione

di una serie di ostacoli (di natura istituzionale, sociale ed economica) che impediscono il pieno ed effettivo esercizio dei diritti da parte di tali soggetti hanno imposto un'attenta ricostruzione del sistema delle fonti normative in materia di migrazione operanti all'interno dell'ordinamento giuridico internazionale (c.d. "diritto internazionale delle migrazioni"). Il tentativo di delineare tale sistema ha condotto all'individuazione di tre grandi categorie di norme. In primo luogo, quelle a carattere convenzionale e multilaterale stipulate nell'ambito di talune organizzazioni internazionali che, pur non regolando direttamente il fenomeno in esame, incidono sostanzialmente su di esso; è questo il caso dei principali trattati internazionali sui diritti umani adottati nell'ambito delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa (CEDU) che prevedono una serie di garanzie sostanziali e procedurali in favore degli stranieri, tra cui la clausola di non-discriminazione, il diritto alla libertà di movimento nelle sue diverse declinazioni, il diritto di ricorso contro provvedimenti di espulsione, il diritto di assistenza diplomatica e consolare. In secondo luogo, quelle a carattere convenzionale multilaterale relative ad aspetti particolari delle migrazioni economiche (tra cui la Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 1990 e le convenzioni OIL sulle migrazioni per motivi economici del 1949 e del 1975; e la Convenzione europea sullo *status* di lavoratore migrante del 1977). Infine, quelle operanti all'interno di ordinamenti giuridici *sui generis*, quale ad esempio gli atti adottati nell'ambito della Comunità europea e dell'UE in materia di trattamento di cittadini di Paesi terzi che migrano per ragioni economiche.

Alla luce delle considerazioni che precedono, resta da chiedersi se l'attuale sistema di protezione internazionale dei lavoratori migranti fornisca loro sufficienti mezzi di ricorso individuale contro eventuali violazioni dei diritti in materia di lavoro. La risposta non appare del tutto immediata dal momento che, come abbiamo avuto modo di notare, tale questione viene disciplinata all'interno di tre diversi ordinamenti giuridici: quello "universale" delle Nazioni Unite (con particolare riferimento all'OIL); quello "regionale" del

Consiglio d'Europa; e quello "speciale" dell'UE. Se a livello globale, gli strumenti di tutela prevedono una serie di meccanismi di controllo azionabili individualmente (si pensi: al diritto di ricorso individuale previsto dalla *Convenzione internazionale sui lavoratori migranti* (art. 77); alle procedure occasionali azionabili da parte di un'organizzazione di lavoratori ai sensi degli artt. 24 e 25 dello Statuto dell'OIL; nonché al procedimento di controllo relativo all'accertamento di violazioni concernenti il principio della libertà sindacale basato sulla presentazione di reclami da parte di organizzazioni di lavoratori), a livello regionale si riscontra l'esistenza di meri procedimenti di monitoraggio (a titolo esemplificativo, si segnala il Comitato consultivo istituito dalla *Convenzione europea sullo status del lavoratore migrante* cui è stato affidato il compito di esaminare il grado di conformità della legislazione interna alle norme internazionali (art. 33).

Salvo quanto appena detto circa l'esistenza di una serie di meccanismi di controllo azionabili individualmente nei diversi ordinamenti giuridici analizzati, l'esistenza di norme primarie e terziarie che si indirizzano direttamente all'individuo (*sub specie* al lavoratore migrante) richiama una questione cui si è solo accennato nel lavoro, ossia se sussistano le condizioni a che il singolo possa invocare la responsabilità dello Stato nei casi di violazione delle norme contenute negli strumenti suindicati e, dunque, pretendere una qualche forma di riparazione. Come abbiamo avuto modo di notare, il *Progetto* della CDI del 2001 non disciplina tale questione limitandosi a stabilire quelle norme secondarie sulla responsabilità internazionale che regolano i soli rapporti tra Stati. Tuttavia, si è detto che talune disposizioni (gli artt. 1, 28 e 33.2) ribadendo l'esistenza di obblighi che uno Stato è tenuto ad osservare non soltanto nei confronti degli altri Stati, ma anche di soggetti non statali (in quanto "primacy beneficiary") rappresenterebbero dei timidi passi verso il riconoscimento di un diritto del singolo alla riparazione nel caso di una violazione di obblighi solidali derivanti da norme sui diritti umani (che si impongono agli Stati nei confronti della "comunità nel suo complesso"). Benché il *Progetto* non attribuisca espressamente al singolo né il diritto di

invocare la responsabilità di uno Stato né il diritto di richiedere forme di riparazione per l'illecito subito, l'esistenza di norme sui diritti dei lavoratori che hanno ormai assunto carattere cogente (es. divieto di schiavitù e di lavoro forzato) ci induce a ritenere che l'individuo, e nel caso di specie il lavoratore migrante, *benefici* comunque di forme di riparazione richieste, *ex art. 48.2 lett. b*, da Stati "non direttamente lesi".

Infine, per quanto riguarda l'ordinamento comunitario e dell'Unione europea la deroga prevista dall'art. 68 TCE in merito alla competenza pregiudiziale della Corte di giustizia riguardo agli atti adottati ex titolo IV solleva un serio problema di tutela giurisdizionale nei confronti dei singoli (e quindi dei lavoratori migranti). Infatti, coloro i quali ritengano che i loro diritti fondamentali siano stati violati da un atto comunitario adottato a norma del titolo IV possono ottenere una pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia solo dopo aver esperito tutti i rimedi nazionali fino all'ultimo grado di giudizio, non potendo i giudici di primo grado e di appello chiedere alla Corte di pronunciarsi sulla validità o l'interpretazione di quell'atto. Ne deriva che le giurisdizioni non di ultima istanza anche se dubitassero della legittimità dell'atto sarebbero obbligate, ai sensi dell'art. 68.1, ad applicare il diritto comunitario. Inoltre, esse non potrebbero accordare alcuna tutela cautelare poiché la sospensione provvisoria dell'applicazione dell'attocomunitario è ammessa solo se viene contemporaneamente disposto un rinvio pregiudiziale sulla validità dell'atto. Per tali ragioni, è quanto mai auspicabile che le istituzioni comunitarie giungano presto all'adozione di una decisione che estenda la portata dell'art. 234 anche ai settori contemplati dal titolo IV così da permettere ai soggetti migranti di beneficiare di una più efficace tutela giurisdizionale.

Indice bibliografico

- ABEYRATNE R. I. R., *Smuggling of Illegal Migrants by Air – Air Carrier Liability*, in *A&SL*, n. 4-5, 2000, p. 148 ss.
- ABRAMSON K., *Beyond Consent, Toward Safeguarding Human Rights: Implementing the United Nations Trafficking Protocol*, in *Harv. Int'l L. J.*, 44(1)/2003, pp. 473-502.
- ADAM R., *Attività normativa e di controllo dell'OIL ed evoluzione della comunità internazionale*, Roma, 1993, p. 58 ss.
- voce *ILO (International Labour Organization)*, in *DDP*, Torino, VIII, 1993, 97 ss.
- ADINOLFI A., *I lavoratori extracomunitari*, Bologna, 1992, p. 22.
- *La circolazione dei cittadini di Stati terzi: obblighi comunitari e normativa nazionale*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Milano, 1998, pp. 123-155.
 - *I lavoratori*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 357 ss.
 - *La libera circolazione delle persone*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale*, Torino, 2006, p. 105 ss.
- ADINOLFI G., *L'Organizzazione mondiale del Commercio. Profili istituzionali e normativi*, Padova, 2001.
- AIKEN S., CLARK T., *International Procedures for Protecting the Human Rights of Non-citizens*, in *JLSP*, 1994, p. 183 ss.
- ALEINIKOFF A., CHETAIL V. (eds), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, 2003.
- ALEINIKOFF A., *International Legal Norms and Migration: A Report*, in T. A. ALEINIKOFF., V. CHETAIL (eds), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, 2003, p. 10.
- ALENI L., *Flussi di Rifugiati, diritto al ritorno e misure del Consiglio di Sicurezza*, in *CI*, 2/2006, p. 316.
- *La politica dell'Unione Europea in materia di rimpatrio e il rispetto dei diritti fondamentali*, in *DUE*, 3/2006, p. 585 ss.
- ALEXANDER W., *Free movement of non-EC nationals. A review of the Case-law of the Court of Justice*, in *EJIL*, 1992, pp. 55-64.
- ALFREDSSON G., GRIMHEDEN J., RAMCHARAN B. G., de ZAYAS A. (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms. Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, Boston, 2001.
- ALLAIN J., *The jus cogens nature of non refoulement*, in *IJRL*, vol. 13(4), 2001, pp. 533-558.
- ALSTON P., *Establishing the right to petition under the Covenant on economic, social and cultural rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law-The protection of Human Rights in Europe*, vol. IV, The Hague, 1993, p. 107 ss.
- *The United Nations and Human Rights. A critical appraisal*, Oxford, 1992.
 - *The Committee on economic, social and cultural rights*, in P. ALSTON, *The United Nations and Human Rights. A critical appraisal*, Oxford, 1992, p. 473.
 - (ed.), *Human Rights Law*, Dartmouth, 1996.
 - *"Core Labour Standards" and the Transformation of the International Labour Rights Regime*, in *EJIL*, vol. 15(3), 2004, pp. 457-521.
 - *Facing Up to the Complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda*, in *EJIL*, vol. 15(3), 2004, pp. 467-480.
 - (ed.), *Labour Rights as Human Rights*, Oxford, 2005.
- ALSTON P., CRAWFORD J., *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge, 2000.
- ALSTON P., QUINN G., *The nature and scope of State parties' obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *HRQ*, 8, 1987, p. 156 ss.
- AMADINI S., *Dalla Dichiarazione dei diritti umani in Islam alla nuova Carta araba dei diritti umani*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 699 ss.
- AMBROSINI M., *Travailler dans l'ombre. Les immigrés dans l'économie informelle*, in *REMI*, 1999 (15)2, pp. 95-121.
- ANDREES B., VAN DER LINDEN M. N. J., *Designing Trafficking Research from a Labour Market Perspective: The ILO Experience*, in *IM*, vol. 43(1/2), 2005, p. 57 ss.
- ANDRYSEK O., *Traffic in Persons*, in *EPIL*, vol. IV, 2000, p. 895 ss.

- *Protecting Refugees and Persons in Refugee-like situations*, in G. ALFREDSSON, J. GRIMHEDEN, B. G. RAMCHARAN, A. de ZAYAS (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms. Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, Boston, 2001, p. 347.
- ANNONI A., *L'attuazione dell'obbligo internazionale di reprimere la tratta di esseri umani*, in *RDI*, 2/2006, p. 405 ss.
- APA A., CONTI N., FARANO S., TALEVI S., *La comunitarizzazione delle politiche migratorie*, in *Quaderni di Studi Europei. Le migrazioni nelle relazioni internazionali*, vol. 1/2002, Milano, pp. 139-163.
- APPLEYARD R., *International Migration Policies: 1950-2000*, in *IM*, vol. 39(6), 2001, pp. 7-20.
- ARAMBULO K., *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Theoretical and Procedural Aspects*, Oxford, 1999, p. 78 ss.
- ARANGIO-RUIZ G., *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1952.
 - *La persona giuridica come soggetto strumentale*, Milano, 1952.
 - *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *CI*, 1965, p. 3 ss.
 - *Stati e altri enti (soggettività internaz.)*, in *NDI*, XVIII, 1971, 132 ss.
 - voce *Consuetudine internazionale*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, 1988.
- ARLACCHI P., *Schiavi: il nuovo traffico di esseri umani*, Milano, 1999.
- ARNARDÓTTIR O. M., *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, The Hague, 2003.
- ARNOLD R., voce *Alien*, in *EPIL*, vol. I, 1992, p. 102 ss.
- ARTS K., MIHYO P. (eds.), *Responding to the Human Rights Deficit. Essays in Honour of Bas de Gaay Fortman*, The Hague, 2003.
- ATTALI J., *Dictionnaire du XXI siècle*, Fayard, 1998, pp. 232-233.
- BAGSHAW S., *Responding to the Challenge of Internal Forced Migration: The Guiding Principles on Internal Displacement*, in R. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOU, E. MACDONALD (eds.), *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, T.M.C Asser Press, 2007, p. 189 ss.
- BALLARINO T., *Organizzazione internazionale: aspetti giuridici*, Milano 1998.
- BALBONI M., FICCHI L., *Rassegna di giurisprudenza (periodo 1 luglio - 31 dicembre 2006)*, in *Dir. immigr. cit.*, 4/2006, p. 107 ss.
- BARATTA R., *La Convenzione delle Nazioni Unite sulla protezione dei lavoratori migranti: quali ostacoli all'adesione dei Paesi di ricezione dei flussi migratori?*, in *RDI*, n. 3, 2003, p. 765.
- BARBERINI R., *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il Crimine Organizzato Transnazionale*, in *CI*, 2/2003, pp. 395-404.
- BARIATTI S., CARBONE S. M., SANTA MARIA A., LUZZATTO R. (a cura di), *Istituzioni di Diritto Internazionale*, III ed., Torino, 2006.
- BARIATTI S., *L'accordo nel sistema delle fonti e il diritto dei trattati*, in BARIATTI S., CARBONE S. M., SANTA MARIA A., LUZZATTO R. (a cura di), *Istituzioni di Diritto Internazionale*, III ed., Torino, 2006, p. 103 ss.
- BARILE G., *La Carta Sociale Europea e il diritto internazionale*, in *RDI*, XLIV, 1961, pp. 624-644.
 - *Lezioni di diritto internazionale*, Padova, 1983, p. 38 ss.
- BARILE P., *Associazione*, in *Enc. dir.*, III, 1958.
- BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.
- BARTOLINI G., *Organi di fatto e responsabilità internazionale: recenti sviluppi*, in *CI*, 2001, p. 435 ss.
- BARTOLOMEI de la CRUZ H., VON POTOBOSKY G., SWEPSTON L., *The International Labour Organization. The International Standards system and basic human rights*, Westview Press, 1996.
- BASCHERINI G., *Europa, cittadinanza, immigrazione*, in *Dir. Pubbl.*, n. 3, 2000, p. 773 ss.
- BASSIOUNI M., (ed.), *International criminal law. Crimes*, vol. I, New York, 1986.
 - *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, London, 1999.
- BATTAGLIA R. M., *Le migrazioni abusive e l'occupazione illegale secondo la Convenzione n. 143 dell'OIL*, in G. GAJA (a cura di), *I lavoratori stranieri in Italia. Problemi giuridici dell'assunzione*, Bologna, 1984, p. 105.
- BATTISTELLA G., *La Convenzione: una storia di 30 anni*, in Atti del seminario di approfondimento giuridico sulla "Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie", organizzato nell'ambito del Master in "Tutela internazionale dei diritti umani" dell'Università di Roma "La Sapienza" in collaborazione del Comitato italiano per i diritti dei migranti, 6 maggio, 2003, pp. 6-15.

- *Origini, sviluppo e prospettive della Convenzione internazionale sui diritti dei migranti*, in *SE*, n. 153 (XLI), 2004.
- BATTJES H., *European asylum and international law*, Leiden, 2006.
- BAYEFSKY A. F. (ed.), *Human rights and refugees, internally displaced persons and migrant workers. Essays in memory of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton*, Boston, 2006.
- BELL M., *Civic Citizenship and Migrant Integration*, in *EPL*, vol. 13(2), 2007, p. 318 ss.
- BELLACE J. R., *The ILO Declaration of Fundamental Principles and Rights at Work*, in *Int'l J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.*, 2001, p. 269 ss.
- BEN ACHOUR R., *La nouvelle Charte Arabe des Droits de l'Homme: instrument international*, in C. ZANGHÌ, R. BEN ACHOUR, *La nouvelle Charte Arabe des Droits de l'Homme. Dialogue italo-arabe*, Actes de la Table Ronde italo-arabe du 17-18 décembre 2004 (Messina), Torino, 2005, p. 21-32.
- BENVENUTI P., *In attesa di una nuova stagione per la politica europea in materia di asilo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004.
 - *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, pp. 151-172.
- BENVENUTI P., GARGIULO P., LATTANZI F. (a cura di), *Nazioni Unite e Diritti dell'uomo a trent'anni dall'adozione dei Patti*. Atti del convegno, Teramo 22-23 marzo 1996.
- BERTINI S., *La politica europea in materia di immigrazione, asilo e libera circolazione delle persone: i rapporti con i Paesi terzi*, in G. BONVICINI, G. L. TOSATO (a cura di), *Le relazioni internazionali dell'Unione europea dopo i trattati di Amsterdam e Nizza*, Torino, 2003.
- BERTOLINI E., *La riforma della Commissione sui diritti umani: un'occasione mancata?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, vol. II, 2006, pp. 742-743.
- BETTEN L., *The EU Charter on Fundamental Rights: a Trojan Horse or a Mouse?*, in *Int'l J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.*, vol. 17/2, 2001, p. 151-164.
- BETTI S., *The European Union and the United Nations convention against transnational organized crime: working paper*, Brussels, European Parliament, 2001.
- BEYANI C., *Human Rights Standards and the Free Movement of People Within States*, Oxford, 2000.
- BIAVATI P., *Prime note sulla giurisdizione comunitaria dopo il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. tr. dir. proc. civ.*, 1998, p. 805 ss.
- BIGO D., *Criminalisation of "Migrants": The side effect of the will control the frontiers and the sovereign illusion*, in B. BOGUSZ, R. CHOLEWINSKI, A. CYGAN, E. SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Boston, 2004, p. 64.
- BILANCIA P., DE MARCO E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004.
- BIN R., *Divieto di discriminazione*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 409-423.
- BISCOTTINI G., voce *Rifugiati*, in *Enc. dir.*, vol. XL, 1987, p. 895.
- BLAKE N., HUSAIN R., *Immigration, Asylum and Human Rights*, Oxford, 2003.
- BLENGINO C., *Il lavoro infantile e la disciplina del commercio internazionale*, Milano, 2003.
- BOGUSZ B., CHOLEWINSKI R., CYGAN A., SZYSZCZAK E. (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Boston, 2004.
- BÖHNING R., *The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future*, in *IMR*, n. 4, 1991, pp. 698-708.
- BONINI D. NASCIMBENE B., *Norme internazionali in materia di immigrazione: la Convenzione n. 143 dell'OIL e i migranti illegali*, in *Ass. soc.*, vol. 3 1992, p. 323.
- BONVICINI G., TOSATO G. L. (a cura di), *Le relazioni internazionali dell'Unione europea dopo i trattati di Amsterdam e Nizza*, Torino, 2003.
- BORELLI S., *Estradizione, espulsione e tutela dei diritti fondamentali*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, pp. 724-751.
 - *Le riserve ai trattati sui diritti umani*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, pp. 792-795.
- BORIBOSIA E., REA A. (dir.), *Les nouvelles migrations - Un anjeu européen*, Bruxelles, 2002.
- BOSCH J. M., *Migraciones económicas masiva y derechos del hombre*, Barcelona, 2002.

- BOSCHIERO N., *Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 77 ss.
- BOSNIAK L. S., *Human rights, State sovereignty and the protection of undocumented migrants under the International Migrant Workers Convention*, in *IMR*, vol. XXV, n. 4, 1991, p. 737 ss.
- BOSSUYT M., *La Distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels*, in *Hum. Rts. L. J.*, 1975, 8, p. 783.
- BOSSUYT M. DECAUX E., *De la Commission au Conseil des droits de l'homme, un nom pour un autre?*, in *Dr. Fond.*, n.5, 2005.
- BOUCAUD P., *Migrant workers and their families: protection within the European social charter: study compiled on the basis of the case law of the Committee of Independent experts*, Consiglio d'Europa, 1996.
- BOUMGHAR M., *La Declaration de l'OIT relative aux principe set droits fondamentaux au travail: Des conventions fondamentales aux principes*, in *Dr. Fond.*, n.2, janvier-décembre 2002, p. 21-45.
- BOUTEILLET-PAQUET D., *Passing the Buck : A Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and its Member States*, in *EJML*, 2003.
- BREMS E., *Human Rights: Universality and Diversity*, Boston, 2001.
- BRINKMANN G., *Family Reunion, Third Country Nationals and the Community's New Powers*, in E. GUILD, C. HARLOW (eds.), *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, 2001, pp. 241-266.
- BUERGENTHAL T., *To respect and ensure: State obligations and permissible derogations*, in L. HENKIN (ed.), *The international Bill of Rights*, 1981, p. 72 ss.
- BULTRINI A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004, p. 225 ss.
- BURKETT W., *The international labour dimension: an introduction*, in J. D. R. CRAIG, S. M. LYNK (eds.), *Globalization and the future of labour law*, Cambridge, 2006, p. 15 ss.
- BUSTAMANTE J. A., *Immigrants' Vulnerability as Subjects of Human Rights*, in *IMR*, vol. 36, n. 2, 2002, pp. 333-354.
- CAFLISH L., *La Convention Europeenne des droits de l'homme et les étrangers*, in *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 1859 ss.
- CAFLISH L., CANÇADO TRINDADE A. A., *Les Conventions Americane et Europeenne des Droits de L'Homme et le Droit International General*, in *RGDIP*, 2004/1, pp. 5-61.
- CAGGIANO G., *Migrazioni e diritto internazionale*, in AA.VV. *Migrazioni. Scenari per il XXI secolo*, vol. I, Roma, 2000.
- *I diritti dei lavoratori migranti secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in C. ZANGHÌ (a cura di), *Immigrati e rifugiati nel Mediterraneo. La situazione in Sicilia*, Torino, 2003, p. 15.
 - *Le prospettive di sviluppo della competenza comunitaria in materia di immigrazione per motivi di lavoro*, in I. CARACCILO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, Atti del Convegno 29-30 novembre 2004, Napoli, 2006, p. 21 ss.
- CALOZ-TSCHOPP M.C., DASEN P., *Globalization, migration and human rights*, Bruxelles, 2007.
- CAMPIGLIO C., *Espulsione e diritti dell'uomo. A proposito dell'art. 1 del Protocollo n. 7 addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *RDI*, vol. LXVIII, 1985, pp. 64-84.
- *Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati*, Padova, 1995, p. 194.
- CANETTA E., *La disciplina comunitaria in materia di rimpatrio dei cittadini dei paesi terzi in posizione irregolare nel territorio degli Stati membri*, in *Dir. immigr. cit.*, 3/2007, p. 34 ss.
- CANNIZZARO E. (ed.), *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000.
- *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague, 2002.
- CAPOTORTI F., *Incidenza della condizione di straniero sui diritti dell'uomo internazionalmente protetti*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984, p. 460 ss.
- CARACCILO I., *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale: il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali*, Napoli, 2000.
- *Dalla tratta di schiavi alla tratta di migranti clandestini. Eguaglianze e diversità nella prevenzione e repressione internazionali del traffico di esseri umani*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Atti del IX convegno SIDI del 17-18 giugno 2004, 2005, Napoli, p. 153 ss.

- *Il diritto internazionale nella prevenzione e contrasto al traffico illecito di migranti clandestini*, in I. CARACCILO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, Atti del Convegno 29-30 novembre 2004, Napoli, 2006, pp. 57-73.
- CARACCILO I., CICIRIELLO M. C. (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, Atti del Convegno 29-30 novembre 2004, Napoli, 2006.
- CARBONE S. M., *I Soggetti e gli altri attori nella Comunità internazionale*, in S. BARIATTI, S. M. CARBONE, A. SANTA MARIA, R. LUZZATTO (a cura di), *Istituzioni di Diritto Internazionale*, III ed., Torino, 2006, p. 24.
- CARELLA G., *La responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, Napoli, 1985.
 - *Globalizzazione dei diritti ed obblighi degli Stati nella prevenzione della tratta delle donne*, in A. G. CASSANDRO, A. M. PRINCIGALLI (a cura di), *Diritti umani, libertà fondamentali e nuove schiavitù*, Milano, 2004, pp. 7-18.
- CARLÁ D., *La Dichiarazione dell'OIL sui principi e diritti fondamentali sul lavoro*, in CI, 1998, p. 343 ss.
- CARLIER J., DE SCHUTTER O., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe. Hommage à Silvio Marens Helman*, Bruxelles, 2002.
- CARLIER J., *La place des ressortissants de Pays tiers dans la Charte*, in J. CARLIER, O. DE SCHUTTER, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe. Hommage à Silvio Marens Helman*, Bruxelles, 2002, p. 179 ss.
- CARLIER J., DE BRUYCKER P. (eds.), *Immigration and asylum law of the EU: current debates*, Brussels, 2005.
- CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 67 ss.
- CASSANDRO A. G., PRINCIGALLI A. M. (a cura di), *Diritti umani, libertà fondamentali e nuove schiavitù*, Milano, 2004.
- CASSEL D., *Equal Labor Rights for Undocumented Migrant Workers*, in A. F. BAYEFSKY (ed.), *Human rights and refugees, internally displaced persons and migrant workers. Essays in memory of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton*, Boston, 2006, p. 499.
- CASSESE A., *Il controllo internazionale sul rispetto della libertà sindacale, nel dell'uomo*, in CS, 1966, XII, 291 ss.
 - *Individuo (dir. intern.)*, in *Enc. Dir.*, XXI, 1971, pp. 184-224.
 - *Human rights in a changing world*, Cambridge, 1990.
 - *On current trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of international humanitarian law*, in *EJIL*, 1998, p. 2 ss.
 - *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, 1999.
 - *Diritto internazionale. Problemi della Comunità internazionale* (a cura di P. Gaeta), Bologna, 2004, pp. 102-103.
 - *Diritto internazionale* (a cura di P. Gaeta), Bologna, 2006.
 - *I diritti umani oggi*, seconda ed., Bari, 2006.
- CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. V, Milano, 2006.
- CATALDI G., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *RIDU*, 1998, p. 20 ss.
 - *La disciplina dell'immigrazione in un disegno di legge regionale: brevi note nell'ottica internazionalista*, in I. CARACCILO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, Atti del Convegno 29-30 novembre 2004, Napoli, 2006, p. 159.
- CAVICCHIOLI L., *The relations between the European Community and the International Labour Organization*, in E. CANNIZZARO E. (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague, 2002, p. 261 ss.
- CELLAMARE G., *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006.
- CHANG H. F., *Migration as International Trade the Economic Gains from the Liberalized Movement of Labor*, in *J. Int'l L. & For. Aff.*, vol. 3(2), 1998, pp. 371-387.
- CHAPMAN A., RUSSELL S. (eds.), *Core obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, Intersentia, 2002.
- CHARNOVITZ S., *The International Labour Organization in its second century*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2000.

- *Trade law norms on international migration*, in A. ALEINIKOFF, V. CHETAIL (eds.), *Migration and International legal norms*, The Hague, 2003, p. 243.
 - *Assessing the ILO's Efforts to Develop Migration Law*, in *LIEI*, 30(3), 2003, pp. 193-200.
- CHETAIL V., *Freedom of Movement and transnational migrations: A human rights perspective*, in T. A. ALEINIKOFF, V. CHETAIL (eds.), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, 2003, p. 47 ss.
- CHIROUX R., *Les travailleurs étrangers et le développement des relations internationales*, in *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Colloque de Clermont-Ferrand, Paris, 1978, pp. 20-21.
- CHOLEWINSKI R., *The Protection of the Second-Generation Migrants from Expulsion under Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *Neth. Q. Hum. R.*, 1994, p. 1994 ss.
- *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*, Clarendon Press – Oxford, 1997, p. 149.
 - *The EU Acquis on Irregular Migration: Reinforcing Security at the Expense of Rights*, in *EJML*, 2000(2), pp. 361-405.
 - *Family Reunification and Conditions Placet on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right*, in *EJML*, 4/2002, pp. 271-290.
 - *Protecting Migrant Workers in a Globalized World*, su www.migrationinformation.org, 1 marzo 2005.
 - *Constructing a Rights-Based Legal Framework for the Regulation of Labour Migration in the Mediterranean Region*, Paper presentato in occasione del Seventh Mediterranean Social and Political Research Meeting, Firenze, 22-26 maggio 2006, p. 9.
 - *International labour law and the protection of migrant workers: revitalizing the agenda in the era of globalization*, in J. D. R. CRAIG, M. LYNK (eds.), *Globalization and the Future of the Labour Law*, Cambridge, 2006, p. 417 ss.
 - *The Rights of Migrant Workers*, in R. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOUD, E. MACDONALD (eds.), *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, T.M.C Asser Press, 2007, p. 255 ss.
- CHOLEWINSKI R., PERRUCHOUD R., MACDONALD E. (eds.), *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, T.M.C Asser Press, 2007.
- CHURCHILL R. R., KHALIQ U., *The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?*, in *EJIL*, vol. 15(3), 2004, pp. 417-456.
- CIAMPI A., *Crimini internazionali e giurisdizione*, in *CP*, 2004, p. 2656 ss.
- CICIRIELLO M. C., *Il ricongiungimento familiare come diritto fondamentale del migrante*, in I. CARACCIOLO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, Atti del Convegno 29-30 novembre 2004, Napoli, 2006, pp. 75-83.
- CICCONI M., *Aspetti istituzionali delle relazioni tra Unione Europea e Nazioni Unite*, in P. MARIANI, *Le relazioni internazionali dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 139 ss.
- CIVITILLO G., *La lotta alla tratta di esseri umani ed al traffico illecito di migranti clandestini in Italia tra legislazione di recepimento dei rilevanti accordi internazionali e legislazione in tema di immigrazione*, in I. CARACCIOLO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, Atti del Convegno 29-30 novembre 2004, Napoli, 2006, pp. 125-142.
- COHEN R., *Migration and its enemies. Global Capital, Migrant Labour and the Nation-State*, Ashgate, 2006.
- COHEN-JONATHAN G., *Les droits de l'homme, une valeur internationalise*, in *Dr. Fond.*, n.1, 2001, p. 162.
- *Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale*, in *RTDH*, 2001, p. 665.
- COHEN-JONATHAN G., FLAUSS J. F., *Cour Européenne des droits de l'homme et droit international général*, in *AFDI*, XLVIII, 2002, pp. 675-692.
- COHEN-JONATHAN G., FLAUSS J. F., *Cour Européenne des droits de l'homme et droit international général*, in *AFDI*, XLIX, 2003, p. 676 ss.
- COLACINO N., *Il diritto al ricongiungimento familiare e la disciplina introdotta dalla Direttiva 2003/86/CE*, in M. R. SAULLE (a cura di), *L'Europa tra Costituzione, asilo e migrazione*, Napoli, 2004, p. 133 ss.
- COLE D., *The idea of humanity: human rights and immigrants' rights*, in *Human rights at the center*, Genève, 2006, p. 275 ss.

- COLEMAN N., *Non-Refoulement Revised Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law*, in *EJML*, 5/2003, pp. 23-68.
- COLOMBO A., RONZITTI N. (a cura di), *L'Italia e la politica internazionale*, Bologna, 2006.
- COMBACAU J., SUR S., *Droit International Public*, Montchrestien, 2001.
- CONDINANZI M., *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale*, (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale*, Torino, 2006, p. 169 ss.
- CONDINANZI M., LANG A., NASCIMBENE B., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2003.
- CONDINANZI M., NASCIMBENE B., *Lavoro (Libera circolazione delle persone: Profili generali)*, in M. P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo. Parte speciale*, vol. II, Milano, 1997, p. 818.
- *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, in M. P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo. Parte generale*, vol. I, Milano, 2007, p. 87 ss.
- CONDORELLI L., voce *Consuetudine internazionale*, in *DDP*, vol. III, 1989, p. 490 ss.
- *Il luogo di commissione dell'illecito e la responsabilità internazionale degli Stati per violazione dei diritti dell'uomo*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, p. 559 ss.
 - *Cours de Droit International Public*, Département de droit international public et organisation internationale, Université de Genève, 1994-1995, p. 109.
 - *L'azione delle Nazioni Unite per l'attuazione della Dichiarazione universale*, in *Il sistema universale dei diritti umani all'alba del XXI secolo - Atti del Convegno nazionale per la celebrazione del 50° anniversario della Dichiarazione universale dei diritti umani*, Roma, 1999, p. 26 ss.
 - *L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique*, in J.-F. FLAUSS (ed.), *La Protection Diplomatique*, 2003, p. 1 ss.
 - *La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application actuelle*, in *RDI*, vol. LXXXVI, n. 1, 2003, p. 19.
- CONETTI G., *State's Crime and Individual's Crimes: What Relationship?*, in M. POLITI, G. NESI (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity*, Dartmouth, 2001, p. 131 ss.
- CONFORTI B., *Organizzazione internazionale*, in *Enc. Novec.*, IV, 1979, p. 950 ss.
- *Organizzazione Nazioni Unite*, in *Enc. giur.*, vol. XXXI, 1981, pp. 265-303.
 - *National Court and the International Law of Human Rights*, in B. CONFORTI, F. FRANCONI (eds.), *Enforcing International Human rights in Domestic Courts*, The Hague, 1997, p. 3 ss.
 - *Le Nazioni Unite*, sesta ed., Padova, 2000.
 - *Notes on the relationship between International Law and National Law*, in *International Law FORUM du droit international*, 3/2001, pp. 18-24.
 - *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione europea*, Milano, 2002, p. 3.
 - *Diritto Internazionale*, Napoli, 2006.
- CONFORTI B., FRANCONI F. (eds.), *Enforcing International Human rights in Domestic Courts*, The Hague, 1997, p. 3 ss.
- CONTALDI G., *Il diritto di stabilimento*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 383 ss.
- COMPA L., DIAMOND S. (eds.), *Human Rights, Labor Rights and International Trade*, University of Pennsylvania Press, 1996.
- CONSO G., *Cinquant'anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti umani*, in *Il sistema universale dei diritti umani all'alba del XXI secolo*, pubblicazione della Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale, Roma, 1999.
- COOMANS F., KAMMINGA M. T., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, 2004.
- CORRIGAN K., *Putting the Brakes on the Global Trafficking of Women for the Sex Trade: an Analysis of Existing Regulatory Schemes to Stop the Flow of Traffic*, in *Fordham Int'l L. J.*, 2001, pp. 151-214.

- COSTA A., *Emigrazione e circolazione del lavoro e dei servizi: un contributo metodologico*, in I. CARACCIOLO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, Atti del Convegno 29-30 novembre 2004, Napoli, 2006, p. 169.
- COSTA J. P., *Expulsion et readmission: la protection des libertes fondamentales*, in U. LEANZA (a cura di), (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Atti del IX convegno SIDI del 17-18 giugno 2004, 2005, Napoli, p. 143 ss.
- COX R., *The International Labour Organisation and fundamental rights at work*, in *EHRLR*, 1999, p. 451 ss.
- CRAIG J. D. R., LYNK S. M. (eds.), *Globalization and the future of labour law*, Cambridge, 2006.
- CRANSTON M., *Human Rights real and supposed*, in D. RAPHAEL (ed.), *Political theory and the Rights of Man*, 1967, p. 43.
- CRAVEN M., *The International Covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, Oxford, 1995.
- *Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law*, in *EJIL*, vol. 11(3), 2000, p. 499.
- CRAWFORD J., PEEL J., OLLESON S., *The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading*, in *EJIL*, vol. 12(5), 2001, p. 979 ss.
- CRAWLEY H., *Forced Migration and the Politics of Asylum: The Missing Pieces of the International Migration Puzzle?*, in *IM*, 44(1), 2006, pp. 21-26.
- CURI U., *Sul concetto filosofico di straniero*, in *Dir. immigr. cit.*, 3, 2005, pp. 42-58.
- CURTI GIALDINO C., *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il trattato di Amsterdam*, in *RDE*, 1998.
- CUTILLO M., *La Convenzione OIL n. 182 relativa alla proibizione delle forme peggiori di lavoro minorile ed all'azione immediata per la loro eliminazione: un passo importante contro lo sfruttamento del lavoro dei minori*, in *RIDU*, gennaio-aprile 1999, pp. 721-729.
- CZAPLINSKI W., *Jus Cogens and the Law of Treaties*, in C. TOMUSCHAT, J. M. THOUVENIN (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Boston, 2006, p. 83 ss.
- D'ALESSIO M. T., *L'efficacia diretta degli accordi internazionali conclusi dall'Unione europea*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001, p. 69 ss.
- DAILLIER P., PELLET A., *Droit International Public*, Paris, 2002.
- DANIELE L. (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001.
- *Articolo 68 TCE*, in A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, 2004, p. 460 ss.
- DANIELI Y., STAMATOPOULOU E. DIAS C. (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights: Fifty Years and Beyond*, New York, 1999.
- DAVIES G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, The Hague, 2003.
- DE BERNARDIN L., *Soft law*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. VI, Milano, 2006, pp. 5605-5609.
- DE BRUYCKER P. (ed.), *The emergence of a European asylum policy*, Brussels, 2004.
- *Legislative Harmonization in European Immigration Policy*, in R. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOU, E. MACDONALD (eds.), *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, T.M.C Asser Press, 2007, p. 329 ss.
- DE RITA G., *Contro la tratta degli esseri umani: prospettive di cooperazione europea*, Roma, 2000.
- DE SALVIA M., *Compendium della CEDU*, Napoli, 2000.
- *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: procedure e contenuti*, Napoli, 2001.
- DE SENA P., *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002.
- voce *Diritti dell'uomo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, p. 1868.
- DE SENA P., DE VITTOR F., *Immunità degli stati dalla giurisdizione e violazione dei diritti dell'uomo: la sentenza della Cassazione italiana nel caso Ferrini*, in *GI*, 2005, p. 255 ss.
- DE SERVIO U., *Associazione (libertà di)*, in *DDP*, I, 1987.
- DE VARENNES F., *Strangers in Foreign Lands. Diversity, Vulnerability and the Rights of Migrants*, UNESCO, 2002, consultabile su www.unesco.org/most/paper_devarennnes.pdf.
- DE WET E., *The protectionn mechanism under the African Charter and the Protocol on African Court of Human rights and Peoples'Rights*, in G. ALFREDSSON, J. GRIMHEDEN, B. G.

- RAMCHARAN, A. DE ZAYAS (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms. Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, Boston, 2001, p. 713 ss.
- *The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and its Implication on National and Customary Law*, in *EJIL*, vol. 15, 2004, pp. 114-115.
- DECAUX E., *Cour Internationale de Justice et droits de l'homme*, in *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 921 ss.
- DECLEVA M., *Organizzazione Internazionale del Lavoro*, in *NDI*, 1976, vol. XII, pp. 202-209.
- DIAS URBANO De SOUSA C., P. De BRUYCKER (eds.), *The Emergence of a European Asylum Policy*, Bruxelles, 2004.
- DI CHIO R., *La tutela internazionale delle vittime della tratta e la Convenzione di Ginevra sullo Status di Rifugiato*, in *CI*, 2/2007, p. 303-326.
- DI FRANCESCO E., *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale e i Protocolli aggiuntivi, contenuti e linee evolutive*, in *Gli Stranieri*, 2000, p. 427 ss.
- DI NICOLA A., *Trafficking in human beings and smuggling of migrants*, in P. REICHEL (a cura di), *Handbook of Transnational Crime and Justice*, London, 2004.
- DI PASCALE A., *Articolo 63*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 449.
- DI PASCALE A., PASTORE M., *Il recepimento delle direttive sul ricongiungimento familiare e sui soggiornanti di lungo periodo*, in *Dir. immigr. cit.*, 1/2007, p. 13 ss.
- DI STASI A., *Il sistema americano dei diritti umani*, Torino, 2004.
- DI TURI C., *La "Dichiarazione sui Principi e Diritti Fondamentali sul Lavoro" dell'Organizzazione internazionale del lavoro*, in *DCSI*, 2000, p. 167 ss.
- *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, in *DUE*, vol. 4, 2002, p. 671.
 - *La protezione dei diritti sociali fondamentali a livello internazionale ed europeo*, in S. GAMBINO (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002, p. 95 ss.
 - *L'Organizzazione internazionale del lavoro e l'Unione di Myanmar (ex Birmania): un rapporto difficile*, in *DCSI*, 3/2005, pp. 603-610.
 - *Organizzazione Internazionale del Lavoro. Le attività del 2005: la lotta al lavoro forzato e le iniziative per l'attuazione del rapporto sulla dimensione sociale della globalizzazione*, in *CI*, 1/2006, pp. 175-182.
 - *Globalizzazione dell'economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro: il ruolo dell'OIL e dell'OMC*, Milano, 2007.
- DOEHRING K., voce *Aliens, Admission*, in *EPIL*, vol. I, 1992, p. 107 ss.
- voce *Aliens, Expulsion and Deportation*, in *EPIL*, vol. I, 1992, p. 109 ss.
- DOMINICÉ C., *The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligation*, in *EJIL*, vol. 10, 1999, pp. 358-359.
- *La Prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des Etats*, in *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 729 ss.
- DOMMEN C., *Migrants' Human Rights: Could GATS help?*, su www.migrationinformation.org, 1° marzo 2005.
- DRAETTA U., *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, 1997.
- DRAETTA U., FUMAGALLI MERAVIGLIA M., *Il diritto delle organizzazioni internazionali. Parte speciale*, Milano, 2005.
- DREW S., *Human Trafficking: A modern Form of Slavery*, in *EHRLR*, 2002, pp. 481-492.
- DRZEWICKI K., KRAUSE C., ROSAS A., *Social Rights as Human Rights*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 1994.
- DUPLESSIS I., *La Déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail. Une nouvelle forme de régulation efficace?* in *RI*, 2004, p. 52 ss.
- DUPUY P. M., *L'Unité de l'ordre juridique international*, Leiden/Boston, 2003, p. 269 ss.
- (sous la direction de), *Obligations Multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, Paris, 2003.
 - *Droit International Public*, Paris, 2004, p. 131.
- DUPUY P. M., FASSBENDER B., SHAW M. N., SOMMERMAN K. P. (eds.), *Common Values in International Law. Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Germania, 2006.
- EDELENBOS C., *The International Convention on the Protection of Rights of all Migrant Workers and members of their family*, in *RSQ*, vol. 24(4), 2005, pp. 93-98.

- EIDE A., *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, in A. EIDE, C. KRAUSE, A. ROSAS, *Economic, Social and Cultural Rights*, The Hague, 2001.
- EIDE A., ALFREDSSON G., MELANDER G. (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights - A Commentary*, Oslo, 1992, p. III-474.
- EIDE A., KRAUSE C., ROSAS A., *Economic, Social and Cultural Rights*, The Hague, 2001.
- ERRERA R., *The concept of membership of a particular social group in refugee law*, in P. M. DUPUY, B. FASSBENDER, M. N. SHAW, K. P. SOMMERMAN (eds.), *Common Values in International Law. Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Germania, 2006, pp. 133-151.
- FAVILLI C., *I limiti derivanti dal diritto internazionale all'espulsione dello straniero*, in *Gli Stranieri*, 1998, p. 39.
- *La comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su una politica comunitaria in materia di immigrazione: prime riflessioni*, in *Dir. immigr. cit.*, n. 1, 2001, pp. 54-64.
- FAVILLI C., NASCIMBENE B., *La gestione dell'immigrazione a livello comunitario*, in A. COLOMBO, N. RONZITTI (a cura di), *L'Italia e la politica internazionale*, Bologna, 2006, pp. 149-160.
- FELLER E., TÜRK V., NICHOLSON F. (eds.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003.
- FENWICK C., *Minimum Obligations with respect to article 8 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in A. CHAPMAN, S. RUSSELL (eds.), *Core obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, Intersentia, 2002, p. 71 ss.
- FERNÁNDEZ LE GAL A., CANO G., *Immigración y derechos de los extranjeros*, Cordoba, 2004.
- FERRARI BRAVO L., DI MAJO F. M., RIZZO A. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea commentata con la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti*, Milano, 2001.
- FERRARI BRAVO L., *Diritto comunitario*, V ed., Napoli, 2006.
- FITZPATRICK J. (ed.), *Human Rights Protection for Refugees, asylum-seekers and internally displaced persons: A guide to international Mechanisms*, Transnational Publishers, 2001.
- *The Human Rights of Migrants*, in T. A. ALEINIKOFF, V. CHETAIL (eds), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, 2003, p. 169 ss.
- FLAUSS J. F., *La protection des droits de l'homme et les sources du droit international*, in *La Protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de Strasbourg SFDI, Paris, 1998, p. 59 ss.
- (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003).
 - *Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique*, in J.-F. FLAUSS, *La Protection Diplomatique*, 2003, p. 29 ss.
- FORLATI S., *Azioni dinanzi alla Corte internazionale di giustizia rispetto a violazioni di obblighi erga omnes*, in *RDI*, 2001, p. 69 ss.
- FORNARI M., *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, pp. 369-370.
- FORTE C., *La politica di immigrazione attiva della Comunità europea e la strategia in materia di visto dei ricercatori*, in I. CARACCILO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, Atti del Convegno 29-30 novembre 2004, Napoli, 2006, p. 236 ss.
- FOSTER M., *International Refugee Law and Socio-Economic Rights*, Cambridge, 2007.
- FRANCIONI F., *Crimini internazionali*, in *DDP*, 1989, IV, p. 464 ss.
- *International "soft law": a contemporary assessment*, in V. LOWE, M. FITZMAURICE (eds.), *Fifty years of International Court of Justice*, Cambridge, 1996, p. 167 ss.
 - *The right of access to justice under customary law*, in F. FRANCIONI (ed.), *Access to justice as a Human Right*, Oxford, 2007.
- FREDMAN S., *Discrimination and Human Rights*, Oxford, 2001.
- FROMEIN J. A., *Human Dignity in International Law*, in D. KRETZMER, E. KLEIN, *The concept of human dignity in human rights discourse*, The Hague, 2002, pp. 121-132.
- GAJA G., *I Patti internazionali sui diritti economici, sociali e culturali*, in VITTA E., GREMENTIERI V. (a cura di), *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, 1981, p. 47 ss.
- voce *Organizzazione Internazionale del Lavoro*, in *Enc. dir.*, XXXI, 1981, p. 336 ss.
 - (a cura di), *I lavoratori stranieri in Italia. Problemi giuridici dell'assunzione*, Bologna, 1984.

- voce *Principi del diritto (diritto internazionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, 1986, p. 533.
 - *L'organizzazione internazionale*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di) *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1986.
 - *Sull'interpretazione di accordi misti da parte della Corte di Giustizia*, in *RDI*, 1988, p. 605 ss.
 - *L'esecuzione del Patto sui diritti civili e politici nella giurisprudenza italiana*, in S. MARCHISIO, F. RASPADORI (a cura di), *L'Italia e i diritti umani*, Padova, 1995, p. 119 ss.
 - *La libera circolazione dei lavoratori: diritto comunitario e diritto nazionale. Considerazioni introduttive*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Milano, 1998, p. 11 ss.
 - *Obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens: a Tentative Analysis of Three Related Concepts*, in J. WEILER, A. CASSESE, M. SPINEDI (eds.), *International Crimes of States: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, NY, 1989, p. 151 ss.
 - *Is a State Specially Affected when its Nationals' Human Rights are Infringed?*, in L. C. VOHRAH et al. (eds), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, 2003, p. 375 ss.
 - *Do States have a duty to ensure compliance with obligations erga omnes by other states?* in M. RAGAZZI (ed.), *International responsibility today essays in memory of SCHACHTER*, Boston, 2005, p. 33 ss.
 - *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 2007.
- GALLAGHER A., *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling. A preliminary Analysis*, in *Hum. R. Q.*, 2001, p. 975 ss.
- *Trafficking, Smuggling and Human Rights: Tricks and Treaties*, in *FMR*, vol. 12, 2002, p. 25 ss.
- GANDHI M., *The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication: Law and Practice*, Aldershot, 1998, p. 125 ss
- GARABELLO R., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, pp. 547-568.
- GARGIULO P., *Le Nazioni Unite e la tutela dei diritti umani dopo il vertice mondiale del 2005; conferme (molte) novità (poche)*, in *CI*, 2006, p. 709 ss.
- GAROFALO L., *Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di Giustizia secondo l'art. 68 del Trattato CE*, in *DUE*, 2000, p. 804 ss.
- GATTINI A., *Les obligations des États en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État pour violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général*, in P. M. DUPUY (sous la direction de), *Obligations Multilaterales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, Paris, 2003, p. 145 ss.
- *Alcune osservazioni sulla tutela degli interessi individuali nei progetti di codificazione della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale e sulla protezione diplomatica*, in M. SPINEDI, A. GIANELLI, M. L. ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Milano, 2006, pp. 431-466.
- GAZZINI T., *Il contributo della Corte internazionale di giustizia al rispetto degli obblighi erga omnes in materia di diritti umani*, in *CI*, 2000, p. 19 ss.
- GENTILI A., *L'ordine internazionale in un mondo a più civiltà*, Milano, 2004.
- GERONIMI E., *Aspects juridiques du trafic et de la traite des travailleurs migrants*, Genève, 2003.
- GHAY Y., COTTRELL J., *Economic, social and cultural rights in practice: the role of judges in implementing economic, social and cultural rights*, London 2004.
- GHOSH B., *Huddled masses and uncertain shores. Insights into irregular migration*, The Hague, 1998.
- (ed.), *Managing Migration: Time for a New International Regime*, Oxford, 2000.
 - *Elusive Protection, Uncertain Lands: Migrants' Access to Human Rights*, IOM, 2003, p. 14 ss.
- GIANELLI A., *Crimini internazionali ed immunità degli stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *RID*, 2004, p. 643.
- *Le conseguenze delle gravi violazioni di obblighi posti da norme imperative tra norme primarie e norme secondarie*, in M. SPINEDI, A. GIANELLI, M. L. ALAIMO (a cura

- di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Milano, 2006, p. 245 ss.
- GIOIA A., voce *Responsabilità Internazionale*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. V, Milano, 2006, p. 5145.
- GONDEK M., *Extraterritorial application of the European Convention on Human Rights: territorial focus in the age of globalization?*, in *Neth. Int'l L. R.*, LII, 2005, pp. 349-387.
- GOODWIN-GILL G. S., *Non-refoulement and the New Asylum Seekers*, in *Va. J. Int'l L.*, 1986, p. 897 ss.
- *International Law and Human Rights: Trends Concerning International Migrants and Refugees*, in *IMR*, vol. 23(3), 1989, pp. 526-546.
 - *Migration: International Law and Human Rights*, in B. GHOSH (ed.), *Managing Migration: Time for a New International Regime*, Oxford, 2000, p. 166.
- GOODWIN-GILL G. S., JENNY R. K., PERRUCHOUD R., *Basic Humanitarian Principles Applicable to Non-Nationals*, in *IMR*, vol. 19(3), 1985, pp. 556-569.
- GOODWIN-GILL G. S., McADAM J., *The refugee in international law*, Oxford, 2007.
- GOODWIN-GILL G. S., NEWLAND K., *Forced migration and international law*, in T. A. ALEINIKOFF, V. CHETAIL (eds), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, 2003, p. 123 ss.
- GOUTTES R., *La Convention internationale et le Comité des Nations Unies sur l'élimination de la discrimination raciale*, in *RTDH*, 1996, p. 515.
- *Le rôle du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale*, in *RTDH*, 2001, p. 567.
- GRANT S., *International migration and human rights*, su www.gcim.org, sett. 2005, p. 4 ss.
- *Migrants' Human Rights: From the Margins to the Mainstream*, su www.gcim.org, mar 2005.
- GREMENTIERI V., voce *Consiglio d'Europa*, in *DDP*, vol. III, 1989, p. 415.
- GREPPI E., *The evolution of individual criminal responsibility under international law*, in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1999, p. 531 ss.
- *W.T.O. (World Trade Organization)*, in *DDP* (aggiornamento), Torino, 2000, p. 718 ss.
 - *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Torino, 2001.
- GROS-ESPIELL H., *Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme*, in *RCADI*, 1976, II, vol. 145, p. 1 ss.
- GUILD E., *Immigration Law in the European Community*, The Hague/London/Boston, 2001.
- *Who is an irregular migrant?*, in B. BOGUSZ, R. CHOLEWINSKI, A. CYGAN, E. SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Boston, 2004, pp. 291-299.
- GUILD E., HARLOW C. (eds.), *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, 2001.
- GUILD E., VAN SELM J. (eds.), *International Migration and Security. Opportunities and Challenges*, London, 2005.
- GUILLAUME M. G., *La Cour Internationale de Justice et les droits de l'homme*, in *Dr. Fond.*, n.1, 2001, pp. 23-29.
- HAILBRONNER K., *Non-refoulement and humanitarian refugees: customary international law or wishful legal thinking?*, in *Va. J. Int'l L.*, 1986, p. 857 ss.
- HALPERIN M. H., ORENTLICHER D. F., *The new UN Human Rights Council*, in *HRB*, Vol. 13/3, 2006.
- HARRIS D., DARCY J., *The European Social Charter*, second edition, 2001, Transnational Publishers, Inc.
- HASENAU M., *Setting Norms in the United Nations System: The Draft Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families in Relation to ILO in Standards on Migrant Workers*, in *IMR*, 1990(28), p. 143.
- HATHAWAY J. C., *The International Refugees Rights Regime*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. VI, 2000.
- *The rights of refugees under international law*, Cambridge, 2005.
- HELGA K., *Combating Trafficking in Human Beings*, in *RSQ*, 25/4, 2006, pp. 51-55.
- HELTON A. C., JACOBS E., *What is forced migration?*, in A. F. BAYEFSKY (ed.), *Human rights and refugees, internally displaced persons and migrant workers. Essays in memory of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton*, Boston, 2006, p. 10.

- HENKIN L., *Inter-State responsibility for compliance with human rights obligations*, in L. C. VOHRAH et al. (eds), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, 2003, pp. 383-398.
- HIGGINS I., HAILBRONNER V. K. (eds.), *Migration and Asylum Law and Policy in the European Union*, Cambridge, 2004.
- HILLGRUBER C., *The Right of Third States to Take Countermeasures*, in C. TOMUSCHAT, J. M. THOUVENIN (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Boston, 2006, p. 265 ss.
- HOEHNE O., *Special Procedures and the New Human Rights Council - a need for strategic positioning*, in *Essex HRR*, Vol. 4 n.1, 2007.
- HOOGENBOOM T., *Symposium: The status of non-community nationals in Community Law*, in *EJIL*, 1992, pp. 36-54.
- HUGO G., *Migrants in society: diversity and cohesion*, su www.gcim.org, sett. 2005.
- HUNE S., NIESSEN J., *Ratifying the UN Migrant Workers Convention: Current Difficulties and Prospects*, in *Neth. Q. Hum. R.*, 12, 1994, p. 393.
- HYDER K., *Equality of Treatment and Trade Discrimination in International Law*, The Hague, 1968, p. 14.
- INGRAVALLO I., *Assemblea Generale (59° Sessione, 2004), Questioni economiche e finanziarie*, in *CI*, 3/2005, p. 525.
- *Europol e le prospettive di rafforzamento del suo ruolo*, in *Quaderni del Dottorato di Ricerca in Diritto Internazionale e dell'Unione Europea*, 2006, p. 307 ss.
- IOVANE M., *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, Napoli, 2000.
- *Peremptory norms in the field of human rights and general principles of law recognised by civilised nations*, in A. GENTILI, *L'ordine internazionale in un mondo a più civiltà*, Milano, 2004, p. 157 ss.
 - *The activity of the International Law Commission during its 56th session (2004)*, in *IYIL*, Vol. XV, 2005, pp. 263 ss.
 - *The activity of the International Law Commission during its 57th session (2005)*, in *IYIL*, Vol. XV, 2005, pp. 283-285.
- JACOBS F., *La porte juridique des droits économiques, sociaux et culturels*, in *RBDI*, 1999, p. 19 ss.
- JASTRAM K., *Family Unity*, in T. A. ALENIKOFF, V. CHETAIL, *Migration and International Legal Norms*, The Hague, 2003, p. 185 ss.
- JAVILLIER J., GERNIGON B. (sous la direction de), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Bureau international du Travail, Genève, 2004.
- JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H., EDSTRÖM O. (eds.), *The European immigration and asylum policy: critical assessment five years after the Amsterdam Treaty*, Brussels, 2005.
- KADELBACH S., *Jus cogens, Obligations Erga Omnes and other rules - The identification of fundamental Norms*, in C. TOMUSCHAT, J. M. THOUVENIN (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Boston, 2006, p. 21 ss.
- KÄLIN W., *Limits to expulsion under the International Covenant on Civil and Political Rights*, in F. SALERNO (a cura di) *Diritti dell'uomo, Estradizione ed Espulsione*, Atti del convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara, 29-30 ottobre 1999, Padova, p. 143 ss.
- KELLERSON H., *La Déclaration de 1998 sur le principes et droits fondamentaux. Un défi pour l'avenir*, in *RIT*, 1998, p. 243 ss.
- KISS A., *International human rights treaties: a special category of international treaty?*, in *The status of international treaties on human rights*, in *Collection Science and technique of democracy*, n. 42, Venice Commission, Council of Europe, 2006, p. 20 ss.
- KISS A. C., *Condition des étrangers en droit international et droits de l'homme*, in *Mél G. Van der Meersch*, Bruxelles, 1972, vol. III, p. 665 ss.
- KISS A. C., *La condition des étrangers en droit international et les droits de l'homme*, mélange W. J. Ganshof Van der Meersch, Bruxelles, 1972, Tomo I, p. 499.
- KJAERUM M., *Human rights for Immigrants and Immigrants for human rights*, in E. GUILD, J. VAN SELM (eds.), *International Migration and Security. Opportunities and Challenges*, London, 2005, p. 51 ss.
- KLERK Y., *Working paper on article 2.2 and article 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Hum. R. Q.*, 1987, 250-256.

- KOJANEC G., *Convenzioni e Raccomandazioni della Organizzazione Internazionale del Lavoro (1919-1968)*, Padova, 1969, p. XLIV ss.
- KOOIJMANS P. H., *Is the right to diplomatic protection a human right?*, in *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 1976.
- KOUFA K. (ed.), *The new international criminal law*, Thessaloniki, 2003, p. 503 ss.
- KRESS C., *L'organe de facto en droit international public, Réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents*, in *RGDIP*, 2001, p. 93 ss.
- KRETZMER D., KLEIN E., *The concept of human dignity in human rights discourse*, The Hague, 2002.
- KUIJPER P. J., *Some legal problems associated with the communitarization of policy on visas, asylum and immigration under the Amsterdam Treaty and incorporation of the Schengen acquis*, in *CMLR*, 2000(37), pp. 345-366.
- LA ROCCA S., *La schiavitù nel diritto internazionale e nazionale*, in F. CARCHEDI, G. MOTTURA, E. PUGLIESE (a cura di), *Il lavoro servile e le nuove schiavitù*, Milano, 2003.
- LABAYLE H., *L'espace de liberté, sécurité et justice dans la Constitution pour l'Europe*, in *RTDE*, 2005, p. 636 ss.;
- *L'espace de liberté, sécurité et justice*, in M. DONY, E. BRIBOSIA (edite par), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Bruxelles, 2005, p. 279 ss.
- LAHLOU M., *Migrations de travail. Interaction avec les droits de l'homme et le développement*, su <http://www.ohchr.org/english/bodies/cmwr/docs/lahlou.doc>
- LAMARCHE L., *The right to social security in the International Covenant on economic, social and cultural rights*, in A. CHAPMAN, S. RUSSELL (eds.), *Core obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, Intersentia, 2002, p. 101.
- LAMBERT H., *The European Court of Human Rights and the Rights of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion*, in *IJRL*, 11(3), 1999, p. 431 ss.
- LANDY E. A., *The Effectiveness of International Supervision. Thirty years of I.L.O. experience*, 1966.
- LANG A., *La politica comunitaria in materia di immigrazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 2003, p. 698 ss.
- *La libera circolazione delle persone in un'Unione ampliata: il nuovo regime dopo il 1° maggio 2004*, in *Cg*, 2004, p. 817 ss.
 - *Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione dei lavoratori*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 433 ss.
 - *Giustizia e affari interni*, in M. P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo. Parte speciale*, vol. I, Milano, 2007, p. 787 ss.
 - *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, in M. P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo. Parte generale*, vol. II, Milano, 2007, p. 787 ss.
- LANG A., NASCIMBENE B., *L'attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea*, in *Dir. immigr. cit.*, 2/2007, pp. 43-63.
- LANGILLE B. A., *The ILO and New Economy: Recent Developments*, in *Int'l J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.*, vol. 15, 1999.
- *Core Labour Rights - The True Story (Reply to Alston)*, in *EJIL*, vol. 16(3), 2005, pp. 409-437.
- LAPENNA E., voce *Rifugiati*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, 1991, p. 1.
- LATTANZI F., *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milano, 1983.
- *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, Napoli, 1998.
 - *Problemi di giurisdizione della Corte penale internazionale*, in *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale*, Atti del convegno SIDI del 12-13 giugno 1998, Napoli, 1999, p. 281 ss.
 - *Il confine fra diritto internazionale umanitario e diritti dell'uomo*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, vol. III, Napoli, 2004, p. 1985 ss.
- LATTANZI F., SCISO E. (a cura di), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc a una corte permanente*. Atti del convegno, Roma 15-16 dicembre 1995, Napoli 1996.
- LAWSON R., *Life after Bankovic: on the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights*, in F. COOMANS, M. T. KAMMINGA, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, 2004, pp. 83-123.
- LEANZA U., *La Conferenza di Roma sull'istituzione di una Corte penale internazionale: una tappa fondamentale sulla strada del consolidamento del diritto penale internazionale*, in *Cooperazione fra*

- Stati e giustizia penale internazionale*, Atti del convegno SIDI del 12-13 giugno 1998, Napoli, 1999, p. 267 ss.
- (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Atti del IX convegno SIDI del 17-18 giugno 2004, 2005, Napoli.
 - *Flussi migratori e stato dei migranti tra diritto internazionale, diritto comunitario e diritto italiano*, in I. CARACCILO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, Atti del Convegno 29-30 novembre 2004, Napoli, 2006, pp. 9-19.
- LEANZA U., CICIRIELLO M. C., *Crimes internationaux et responsabilité individuelle*, in KOUFA K. (ed.), *The new international criminal law*, Thessaliniki, 2003, p. 503 ss.
- LEARY V. A., *Lessons from Experience of the International Labour Organisation*, in P. ALSTON, *The United Nations and Human Rights. A critical appraisal*, Oxford, 1992, p. 580 ss.
- *The paradox of workers' rights as human rights*, in L. COMPA, S. DIAMOND (eds.), *Human Rights, Labor Rights and International Trade*, University of Pennsylvania Press, 1996, p. 28.
 - *Labor Migration*, in T. A. ALEINIKOFF., V. CHETAIL (eds), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, 2003, p. 236.
- LEE R. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Boston, 1999.
- LEGER P., *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bâle, 2000.
- LENZERINI F., *Sfruttamento sessuale dei minori e norme internazionali sulla schiavitù*, in *CI*, 3, 1999, pp. 474-515.
- *L'evoluzione contemporanea del concetto di schiavitù nel diritto internazionale consuetudinario*, in *SS*, 2000, p. 470 ss.
 - *Suppressing Slavery Under Customary International Law*, in *IYIL*, vol. X, 2000, pp. 145-180.
 - *Diritti dei lavoratori, nuove forme di schiavitù e commercio internazionale*, in *DL*, fasc. 1-2 /2004, p. 121 ss.
- LEWIS SIEGEL R., *The right to work: core minimum obligations*, in A. CHAPMAN, S. RUSSELL (eds.), *Core obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, Intersentia, 2002, p. 40 ss.
- LIAKOPOULOS D., *La libera circolazione dei cittadini dei paesi terzi nel breve e lungo periodo a confronto con la situazione dei cittadini comunitari*, in *Gli stranieri*, 2/2007, p. 107 ss.
- LIGUORI A., *L'immigrazione e l'Unione europea*, in *DCSI*, fasc. 2/2000, pp. 427-452.
- LILLICH R. B., *The human rights of alien in contemporary international law*, 1984.
- LILLICH R. B., NEFF S. C., *Treatment of Aliens and International Human Rights Norms*, in *GYBIL*, 1978, pp. 97-118.
- LÖNNROTH J., *The International Convention on the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families in the Context of International Migration Policies: An Analysis of Ten Years of Negotiation*, in *IMR*, n. 4, 1991, pp. 710-736.
- LUGATO M., *I servizi*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 403 ss.
- LUZZATTO R., *Il diritto internazionale generale e le sue fonti*, in BARIATTI S., CARBONE S. M., SANTA MARIA A., LUZZATTO R. (a cura di), *Istituzioni di Diritto Internazionale*, III ed., Torino, 2006, p. 73 ss.
- LUZZATTO R., POCAR F., *Codice di diritto internazionale pubblico*, quarta ed., Torino, 2006, p. 206 ss.
- MACDONALD E., CHOLEWINSKI R., *The Migrant Workers Convention in Europe. Obstacles to the Ratification of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families: EU/EEA Perspectives*, UNESCO, 2007.
- MACKLEM P., *Labour Law Beyond Borders*, in *J. Int'l Eco. L.*, 2002, p. 639.
- *The Right to Bargain Collectively in International Law: Workers' Right, Human Right, International Right?*, in P. ALSTON (ed.), *Labour Rights as Human Rights*, Oxford, 2005, p. 62.
- MAFFEI M. C., *Tratta, prostituzione forzata e diritto internazionale: il caso delle donne di conforto*, Milano, 2002.

- *I meccanismi di controllo nel sistema africano di tutela dei diritti umani*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 375 ss.
- MALINVERNI G., *I limiti all'espulsione secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in F. SALERNO (a cura di) *Diritti dell'uomo, Estradizione ed Espulsione*, Atti del convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara, 29-30 ottobre 1999, Padova, p. 165 ss.
- MANCA L., *L'immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2003.
- MARCHISIO S., *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, 2000.
 - *EU's Membership in International Organization*, in E. CANNIZZARO E. (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague, 2002, p. 231 ss.
- MARCHISIO S., RASPADORI F. (a cura di), *L'Italia e i diritti umani*, Padova, 1995.
- MARIANI P., *Le relazioni internazionali dell'Unione europea*, Milano, 2005.
- MARLEAU V., *Réflexion sur l'idée d'un droit international coutumier du travail*, in J. JAVILLIER, B. GERNIGON (sous la direction de), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Bureau international du Travail, Genève, 2004, p. 363 ss.
- MARTIN P., MARTIN S., *GCIM: A New Global Migration Facility*, in *IM*, vol. 44(1), 2006, pp. 5-12.
- MARTIN P., MARTIN S., CROSS S., *High-level Dialogue on Migration and Development*, in *IM*, vol. 45(1), 2007, pp. 7-25.
- MARTIN S., *The legal and normative framework of international migration*, 2005, consultabili sul sito www.gcim.org.
- MARTINET A., *Article 68*, in P. LEGER, *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bâle, 2000, p. 595.
- MASSON B., *L'harmonisation des conditions du regroupement familial: la Cour fait la leçon sur le titre IV CE (Note sous CJCE, 27 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne)*, in *RTDE*, 42(4), 2006, pp. 673-685.
- MASTROIANNI R., *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *CP*, 2002, p. 1881.
 - *La libera prestazione dei servizi*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale*, Torino, 2006, p. 219 ss.
- MATTILA H. S., *Protection of migrants' human rights: Principles and Practice*, in *IM*, vol. 38 (6), 2000, p. 54.
- MAUPAIN F., *Particularismes Institutionnels et vocation universelle: Les défis croisés des relations CEE-OIT*, in *RGDIP*, 1990, p. 50 ss.
 - *International Labour Organization Recommendations and Similar Instruments*, in D. SHELTON, *Commitment and Compliance: the role of non-binding norms in International Legal System*, Oxford, 2000, p. 269 ss.
 - *The Liberalization of International Trade and the Universal Recognition of Workers' Fundamental Rights: the New ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up*, in L. A. SICILIANOS, M. GAVOUNELI (eds.), *Scientific and Technological Development and human rights*, Dordrecht, 2001, p. 35.
 - *Revitalization Not Retreat: The Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers' Rights*, in *EJIL*, vol. 16(3), 2005, pp. 439-465.
- MBAYE K., *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, 1992.
- McCREGHT M. V., *Smuggling of Migrants, Trafficking in Human Beings and Irregular Migration on a Comparative Perspective*, in *ELJ*, 2006, p. 106 ss.
- Mc GOLDRICK D., *The Human Rights Committee: its role in the development of the international Covenant of Civil and Political Rights*, Oxford, 1994.
- MENGOZZI P. (ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999.
- MERON T., *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Oxford, 1984.
 - *Human rights and humanitarian norms as customary law*, Oxford, 1989.
 - *On a hierarchy of international human rights*, in P. ALSTON (ed.), *Human Rights Law*, Dartmouth, 1996, p. 89 ss.
- MICHELINI G., *I Protocolli delle N.U. contro la tratta di persone e contro il traffico di migranti: breve guida ragionata*, in *Dir. immigr. cit.*, 1/2002, p. 40 ss.
- MILANO E., *Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?*, in *NYIL* vol. 35 (2004), p. 85 ss.

- MONACO R., *Organizzazione internazionale*, in NDI, Appendice V, 1984, p. 589.
- MORRONE F., *Le attività del Relatore Speciale ONU per i diritti umani dei migranti*, in CI, 4/2005, pp. 755-763.
- *L'asilo nel diritto internazionale*, in B. M. BILOTTA, F. A. CAPPELLETTI (a cura di), *Il diritto d'asilo*, Padova, 2006, p. 56 ss.
 - *L'Italia e gli obblighi internazionali e comunitari in materia di asilo e immigrazione: il "caso Lampedusa"*, in Civ.Eur., n. 16/2006, pp. 225-240.
 - *L'ordinamento giuridico italiano introduce il permesso di soggiorno per i cittadini dei paesi terzi residenti di lungo periodo*, in DCSI, 4/2006, pp. 781-787.
 - *Sviluppi recenti dell'azione delle Nazioni Unite in materia di migrazioni internazionali: l'attività della Commissione globale sulla migrazione internazionale*, in CI, 4/2006, pp. 745-755.
- MOSS L. C., *Will the Human Rights Council Have Better Membership than the Commission on Human Rights?*, in HRB, Vol. 13/3, 2006;
- MUNARI F., *Immigrazione e diritto internazionale dell'economia: alcuni spunti di riflessione*, in Dir. Comm. Int., aprile-giugno 2004, p. 249.
- MUNTARBHORN V., *Combating migrant smuggling and trafficking in persons, especially women: The normative framework re-appraised*, in T. A. ALEINIKOFF., V. CHETAIL (eds), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, 2003, p. 151 ss.
- MUSACCHIO V., *Schiavitù e tratta di esseri umani: analisi ed esigenza di una normativa penale internazionale*, in Dir. fam. per., 2003, pp. 236-259.
- NASCIMBENE B., *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984.
- voce *Straniero nel diritto internazionale*, in Enc. dir., vol. XLIII, 1990, p. 179 ss.
 - voce *Straniero (condizione giuridica dello). Il Diritto internazionale*, in Enc. giur., vol. XXX, 1993, p. 1 ss.
 - *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995.
 - *L'Unione europea e i diritti dei cittadini dei Paesi terzi*, in DUE, 2-3, 1998, pp. 511-525.
 - (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Milano, 1998.
 - *L'attuazione delle norme comunitarie sulla libera circolazione dei lavoratori*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Milano, 1998, pp. 3-8.
 - voce *Straniero (condizione giuridica dello). IV Diritto comunitario*, in Enc. giur., 1998, p. 1 ss.
 - *Lo spazio Schengen: libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, Milano, 1999, vol. II, p. 307 ss.
 - *Quale strumento giuridico per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?*, in GI, 2000, p. 567 ss.
 - *Divieto di espulsione dei cittadini. Divieto di espulsioni collettive di stranieri*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 891 ss.
 - *Garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 939 ss.
 - *L'éloignement et la détention des étrangers dans les pays membres de l'Union européenne*, Milano, 2001.
 - *Expulsion and Detention of aliens in the European Union Countries*, Milano, 2001.
 - *Relazioni esterne e accordi di riammissione*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001, p. 307 ss.
 - (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002.
 - *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, p. 153.

- *Il Progetto di Costituzione europea e l'immigrazione*, in *Dir. immigr. cit.*, 1/2004, p. 13 ss.
 - *L'espace de liberté, de sécurité et de justice dans une perspective constitutionnelle européenne*, in L. S. ROSSI (sous la direction de), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne. Le projet de Traité-Constitution*, Bruxelles, 2004, p. 265 ss.
 - *Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Atti del IX convegno SIDI del 17-18 giugno 2004, 2005, Napoli, pp. 71-88.
 - *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in BARIATTI S., CARBONE S. M., SANTA MARIA A., LUZZATTO R. (a cura di), *Istituzioni di Diritto Internazionale*, III ed., Torino, 2006, p. 377 ss.
- NASCIMBENE B., CONDINANZI M., *Giurisprudenza di diritto comunitario. Casi scelti*, Milano, 2007.
- NASCIMBENE B., FAVILLI C., *Gli orientamenti comunitari*, in Nono rapporto ISMU, 2003, pp. 85-87.
- *Gli orientamenti comunitari*, in Undicesimo rapporto sulle migrazioni, ISMU, 2005, pp. 97-110.
 - voce *Rifugiati*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. V, Milano, 2006, pp. 5306-5311.
 - voce *Straniero (Tutela Internazionale)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. V, Milano, 2006, p. 5796-5805.
- NICOLIN S., *Modalità di funzionamento e di attuazione degli accordi misti*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001, p. 177 ss.
- NIELSEN H. K., *The concept of discrimination in ILO Convention No. 111*, in *ICLQ*, 43, 1994, pp. 827-840.
- NIELSON J., TAGLIONI D., *A quick guide to the Gats and Mode 4*, OECD-World Bank – IOM Seminar on Trade and Migration, pp. 6-7.
- NIESSEN J., TARAN P. A., *Using the New Migrant Workers' Rights Convention*, in *IMR*, n. 4, 1991, pp. 859-865.
- NOVAK M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl, 1994, pp. XXVIII-936.
- *Civil and Political Rights*, in J. SYMONIDES (ed.), *Human rights: Concept and Standards*, UNESCO Publishing, 2000, pp. 86-87.
- OBOOKATA T., *EU Council Framework Decision on Combating Trafficking in Human Beings: A Critical Appraisal*, in *CMLR*, 2003, p. 917 ss.
- ODERO A., TRAVIESO M. M., *Le Comité de la liberté syndicale (I): origine set genèse*, in J. JAVILLIER, B. GERNIGON (sous la direction de), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Bureau international du Travail, Genève, 2004, p. 159 ss.
- *Le Comité de la liberté syndicale (II): composition, procédure et fonctionnement*, in J. JAVILLIER, B. GERNIGON (sous la direction de), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Bureau international du Travail, Genève, 2004, p. 195 ss.
- ORAKHELASHVILI A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006.
- PAGANO E., *Sui rapporti tra la Carta e i principi fondamentali elaborati dalla Corte di Giustizia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 177 ss.
- *Il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali e le competenze dell'Unione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 1723 ss.
- PALLARO P., *Politiche nazionali dell'immigrazione, diritti dei cittadini extra-comunitari e competenze pregiudiziali della Corte di Giustizia: Quali tutele offre il diritto comunitario?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, pp. 329-365.
- PALMIERI G. M., voce *Consiglio d'Europa*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, 1988.
- PALMISANO G., *Il problema del diritto internazionale generale e la sopravvalutazione della prassi statale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, p. XIII ss.
- *Smuggling via mare e responsabilità internazionale degli Stati*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Atti del IX convegno SIDI del 17-18 giugno 2004, 2005, Napoli, pp. 215-242.
- PANEBIANCO M., *Organizzazioni internazionali*, in *Enc. giur.*, vol. XXII.
- PAPA M. I., *Attività dell'Organizzazione Mondiale del Commercio nel 2004*, in *CI*, 3, 2005, p. 765 ss.

- PARISI N., *Ai confini d'Europa. Politiche migratorie e diritto d'asilo*, in D. RINOLDI (a cura di), *Questioni di diritto delle migrazioni fra diritto europeo, diritto internazionale e diritto interno*, Milano, 2007, p. 45 ss.
- PARTSCH K. J., *Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination*, in K. VASAK, *The International Dimensions of Human Rights*, vol. 1, UNESCO, 1982, p. 75.
- *The Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, in *The United Nations and Human Rights. A critical appraisal*, Oxford, 1992, p. 339.
- PAUWELYN J., *A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?*, in *EJIL*, vol. 14(5), 2003, p. 916.
- *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge, 2003.
- PÉCOUD A., DE GUCHTENEIRE P., *Migration, human rights and the United Nations: an investigation into the low ratification record of the UN Migrant Workers Convention*, in *Global Migration Perspectives*, n. 3, 2004, su www.gcim.org.
- PEDRAZZI M., *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 281 ss.
- PEERS S., *Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights*, in *EJML*, 3/2001, p. 159 ss.
- PEGNA O. L., *Counter-claims and Obligations Erga Omnes before the International Court of Justice*, in *EJIL*, 9, 1998, pp. 731 ss.
- PELAGGI L., *Organizzazione Internazionale del Lavoro ed Unione europea: necessità di coordinamento*, in *DL*, 1994, I.
- PELLET A., *Droit-de-l'Homminisme et droit international*, in *Dr. Fond.*, 2001, p. 169 ss.
- PERRUCHOUD R., *L'Organisation internationale pour le migrations*, in *AFDI*, 1987, pp. 513-539.
- (ed.), *Person falling under the Mandate of the International Organization for Migration (IOM) and to whom the Organization may provide migration services*, in *IJRL*, 4, 1992, p. 209.
 - *Legal standards for the protection of migrant workers*, paper presentato al *Symposium on International Migration in the Americas*, San José, Costa Rica, 4-6 September 2000.
 - *Migrations et protection des droits de l'homme*, OIM, 2005, p. 92 ss.
- PERRUCHOUD R., VOHRA S., *Identifying core rights of concern to migrants*, Paper Regional Consultation group on migration "Seminar on Human Rights and Migrants", Washington D.C., 23-24/04/1998.
- PETCULESCU I., *Droit International de la responsabilite et droits de l'homme. A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 juillet 2004 dans l'affaire Ilascu et autres c. la République de Moldova et la Fédération de Russie*, in *RGDIP*, 2005/3, pp. 581-607.
- PETERSMANN E. U., *The Transformation of the World Trading System Through the 1994 Agreement establishing the World Trade Organization*, in *EJIL*, 1995, p. 161 ss.
- PETITTI C., *La Charte sociale européenne révisée*, in *RTDH*, 1997, p. 3 ss.
- PICCHIO-FORLATI L., *Le Nazioni Unite*, Torino, 1998.
- PICONE P., *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, in P. PICONE, G. SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982, p. 31 ss.
- *Obblighi reciproci ed obblighi erga omnes degli Stati nel campo della protezione dell'ambiente marino*, in V. STARACE (a cura di), *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, Milano, 1983, p. 40 ss.
 - *Le Nazioni Unite nel nuovo scenario internazionale. Nazioni Unite ed obblighi erga omnes*, in *CI*, 1993, pp. 709 ss.
 - *Interventi delle Nazioni Unite e obblighi erga omnes*, in P. PICONE (a cura di), *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, Padova, 1995, p. 517 ss.
 - *Valori fondamentali della Comunità internazionale e Nazioni Unite*, in *CI*, 1995, p. 439 ss.
 - *Corte penale internazionale e crimini internazionali degli Stati*, in *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale*, Atti del convegno SIDI del 12-13 giugno 1998, Napoli, 1999, p. 63 ss.
 - *La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo*, in *RDI*, 2/2003, p. 329 ss.

- *Obblighi erga omnes e codificazione della responsabilità degli Stati*, in *RDI*, 4/2005, p. 893 ss.
- PICONE P., LIGUSTRO A., *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002.
- PICONE P., SACERDOTI G., *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982.
- PINESCHI L.(a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006.
 - *La tutela dei diritti umani nella Carta delle Nazioni Unite: quadro normativo e prassi dell'Organizzazione*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, pp. 17-18.
 - *La Dichiarazione universale dei diritti umani*, ivi, p. 67 ss.
 - *Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici*, ivi, p.78 ss.
 - *Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali*, ivi, p. 129 ss.
- PINTO M., *De la protection diplomatique et la protection des droits de l'homme*, in *RGDIP*, vol. 106, No. 3 (2002), p. 513.
- PIOTROWICZ R., *Trafficking of Human Beings and their Human Rights in the Migration Context*, in R. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOUD, E. MACDONALD (eds.), *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, T.M.C Asser Press, 2007, p. 275 ss.
- PISILLO-MAZZESCHI R., *Il ruolo marginale dell'individuo nel Progetto della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati*, in M. SPINEDI, A. GIANELLI, M. L. ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Milano, 2006, p. 425.
 - *Strumenti di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in *DUE*, 2004, pp. 723-765.
 - *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004, p. 26 ss.
 - *Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An overview*, in *JICJ*, 1/2003, pp. 339-347.
 - *Flussi di rifugiati e responsabilità dello Stato di origine*, in *RDI*, 1999, pp. 621-646.
 - *International Obligations to Provide for Reparation Claims?*, in A. RANDELZHOFFER, C. TOMUSCHAT (eds.), *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, The Hague, 1999, p. 149 ss.
- PISTOIA E., *Commissione del Diritto Internazionale (57° sessione 2005)*, in *CI*, vol. LXI, 2, 2006, pp. 387-392.
- PITTAU F., *La Convenzione dell'ONU sui lavoratori migranti dieci anni dopo*, in *ASI*, n. 3, 1999, p. 45 ss.
- POCAR F., *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Fonte di un nuovo diritto internazionale*, in AA.VV. *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione universale*, Padova, 1991, p. 31 ss.
 - *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo cinquant'anni dopo*, in *Il corriere giuridico*, 1999, p. 137.
 - *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001.
 - *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità*, Padova, 2001, p. 1178 ss.
 - *Tutela dei diritti fondamentali e livelli di protezione nell'ordinamento internazionale*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, p. 6 ss.
- POLITI M., NESI G., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity*, Dartmouth, 2001.
- PROUVEZ N., *The European Social Charter, an Instrument for the Protection of Human Rights in the 21th century*, in International Commission of Jurists, 1997, p. 30 ss.
- PUSTORINO P., *Sull'applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *RIDU*, 1998, p. 23 ss.
 - *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, in *RDI*, 1/2006, p. 68 ss.
- QUADRI R., *Diritto internazionale pubblico*, Napoli 1968.
- QUADRI S., *Primi spunti per uno statuto giuridico dell'immigrato extracomunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 1998, p. 399.
 - *Prospettive di evoluzione della condizione dei migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, in *CI*, 2/2005, pp. 309-325.

- *I migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, in I. CARACCILOLO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, Atti del Convegno 29-30 novembre 2004, Napoli, 2006, pp. 115-122.
 - *Le migrazioni internazionali. Da una disciplina statale dell'immigrazione al diritto internazionale delle migrazioni*, Napoli, 2006.
- QUINN G., *The legal status of the European Social Charter: taking interdependence and indivisibility of human rights seriously*, in *The status of international treaties on human rights*, in *Collection Science and technique of democracy*, n. 42, Venice Commission, Council of Europe, 2006, p. 187 ss.
- RAGAZZI M., *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, 2000.
- (ed.), *International responsibility today essays in memory of SCHACHTER*, Boston, 2005, p. 33 ss.
- RAIMONDI G., *Réserves et conventions internationales du travail*, in J. C. JAVILLIER, B. GERNIGON (sous la dir. de), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de N. Valticos*, Genève 2004, p. 527.
- *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2005.
 - voce *ILO (International Labour Organization)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. IV, 2006, pp. 2871-2878.
- RANDELZHOFFER A., TOMUSCHAT C. (eds.), *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, The Hague, 1999.
- RAO PENNA L., *Some salient human rights in the UN Convention on Migrant Workers*, in *Asian Pac. M. J.*, vol. 2(2), 1993, pp. 179-189.
- RAPHAEL D. (ed.), *Political theory and the Rights of Man*, 1967.
- RASSAM A. Y., *Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Traded Under Customary International Law*, in *Va. J. Int'l L.*, 39, 1999, pp. 303-352.
- REALE E. P. (ed.), *Lo Statuto della Corte Penale Internazionale*, Padova, 1999.
- REDPATH J., *The International Organization for Migration (IOM) and the human rights of migrants in an irregular situation*, in B. BOGUSZ, R. CHOLEWINSKI, A. CYGAN, E. SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Boston, 2004, pp. 291-299.
- REICHEL P. (a cura di), *Handbook of Transnational Crime and Justice*, London, 2004.
- RICHARDS K., *The trafficking of migrant workers: what are the links between labour trafficking and corruption?*, in *IM*, vol. 42(5), 2004, p. 152.
- RIDOLA P., *Associazione, I) Libertà di associazione*, in *Enc. dir.*, III, 1988.
- RIEDEL E., *Standards and Sources. Farewell to the exclusivity of the Sources triad in international Law?*, in *EJIL*, 2/1991, pp. 58-84.
- Art. 55(c), in B. SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford, 2002, pp. 917-940.
- RIGAUX F., *L'immigration: droit international et droits fondamentaux*, in *Les droits de l'homme à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Pierre Lambert*, Brussels, 2000.
- RIJKEN C., *Trafficking in persons. Prosecution from a European Perspective*, The Hague, 2003.
- RIJPMAN J. J., CREMONA M., *The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law*, in *European University Institute Working Paper Law*, n. 2007/01, pp. 1-23.
- RINOLDI D. (a cura di), *Questioni di diritto delle migrazioni fra diritto europeo, diritto internazionale e diritto interno*, Milano, 2007.
- *Una Little family of Nations? Integrazione europea, circolazione internazionale di persone, legami familiari*, in D. RINOLDI (a cura di), *Questioni di diritto delle migrazioni fra diritto europeo, diritto internazionale e diritto interno*, Milano, 2007, p. 14 ss.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER M., *La OIT y los trabajadores migrantes*, in J. JAVILLIER, B. GERNIGON (sous la direction de), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Bureau international du Travail, Genève, 2004, p. 552.
- ROGERS N., *Immigration and the European Convention on Human Rights*, in *EHRLR*, 2003.
- ROMEO G., *L'immigrazione extra-UE fra politica e diritto nell'Unione europea*, in *CI*, fasc. 4/2002, pp. 635-647.
- RONZITTI N., *Crimini internazionali*, in *EG*, 1988, X, p. 1 ss.

- *Crimini internazionali individuali, tribunali interni e giustizia penale internazionale*, in *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale*, Atti del convegno SIDI del 12-13 giugno 1998, Napoli, 1999, p. 1 ss.
 - *Diritto internazionale dei conflitti armati*, terza ed., Torino, 2006.
- ROSI E., *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti. Strumenti internazionali*, in CP, Tomo 4, 2001, pp. 1986-1997.
- ROSSI L. S., *I cittadini*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Diritto Privato dell'Unione Europea*, Tomo I, Torino, 2000, p. 104 ss.
- *Gli stranieri*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Diritto Privato dell'Unione Europea*, Tomo I, Torino, 2000, p. 135.
 - (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione europea*, Milano, 2002.
 - (sous la direction de), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne. Le projet de Traité-Costitution*, Bruxelles, 2004, p. 265 ss.
- ROTH K., *Defending Economic, Social and Cultural Rights: Practical Issues Faced by an International Human Rights Organization*, in *Hum. R. Q.*, 26, 2004, pp. 63-73.
- ROZAKIS C. L., *The territorial scope of human rights obligations: the case of the European Convention on Human Rights*, in *The status of international treaties on human rights*, in *Collection Science and technique of democracy*, n. 42, Venice Commission, Council of Europe, 2006, p. 55 ss.
- RUDOLPH C. W., *Globalization, Sovereignty, and Migration: A conceptual Framework*, in *J. Int'l L. & For. Aff.*, vol. 3(2), 1998, pp. 325-355.
- RUGGIERO V., *Trafficking in Human Beings: Slaves in Contemporary Europe*, in *IJSL*, vol. 25, 1997, p. 231-244.
- RUHS M., *The potential of temporary migration programmes in future international migration policy*, sett. 2005, consultabile sul sito www.gcim.org.
- SACCUCCI A., *Profili di tutela dei diritti umani tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, Padova, 2002.
- *Il Protocollo istitutivo della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli: un primo confronto con le altre Corti regionali*, in *RDI*, 2004, p. 1036 ss.
 - *Il divieto di discriminazione nella Convenzione europea dei diritti umani: portata, limiti ed efficacia nel contrasto a discriminazioni razziali o etniche*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 3/2005.
- SACERDOTI G., *La trasformazione del GATT nella Organizzazione mondiale del Commercio*, in *DCI*, 1995, p. 73 ss.
- *La Carta europea dei diritti fondamentali: dall'Europa degli Stati all'Europa dei cittadini*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4, 2000, p. 1389 ss.
- SACK J., *The European Community's Membership of International Organizations*, in *CMLR*, 32(1995), pp. 1227-1256.
- SALERNO F., *Discriminazione razziale*, in VITTA E., GREMENTIERI V. (a cura di), *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, 1981, p. 261 ss.
- *Principi generali di diritto (diritto internazionale)*, in *DDP*, vol XI, 1996, p. 524 ss.
 - (a cura di) *Diritti dell'uomo, Estradizione ed Espulsione*, Atti del convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara, 29-30 ottobre 1999, Padova.
 - *Evoluzione e determinatezza del divieto di tratta nel diritto penale internazionale ed italiano*, in *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, pp. 2139- 2140.
- SALMON J. (sous la direction de), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001.
- SALT J., *Trafficking and Human Smuggling: A European Perspective*, in R. APPLEYARD, J. SALT, *Perspectives on Trafficking of Migrants*, Offprint of International Migration (IOM), vol. 38(3) Special Issue 1/2000, pp. 31-56.
- SANDS O., *Temporary Movement of Labor Fuels GATS Debate*, su www.migrationinformation.org, 1° giugno 2004.
- SANDS P., *Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law*, in *Yale Hum. R. & Dev. L. J.*, vol. 1, 1998, pp. 85-106.
- SANNA C., *Articolo 12*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 231 ss.
- SANNA S., *Diritti dei lavoratori e disciplina del commercio nel diritto internazionale*, Milano, 2004, p. 111 ss.
- *Diritti fondamentali dei lavoratori: ruolo dell'OIL e dell'OMC*, in *DL*, I, n. 1-2, 2004, p. 162.

- SAROLÉA S., *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, 2006.
- SAULLE M. R., voce *Schiavitù* (dir. internaz.), in *Enc. dir.*, vol. XLI, 1989, p. 641 ss.
- *Trasporto illecito di migranti, crimine organizzato e applicazione delle normative*, in *RCGI*, 4/2000, pp. 21-25.
 - *Lezioni di organizzazione internazionale. Le organizzazioni internazionali e i diritti umani*, vol. II, seconda edizione, Napoli, 2003.
 - *Dalla schiavitù alle nuove forme di schiavitù*, in M. R. SAULLE, *Lezioni di organizzazione internazionale. Le organizzazioni internazionali e i diritti umani*, vol. II, seconda edizione, Napoli, 2003, p. 112 ss.
 - (a cura di), *L'Europa tra Costituzione, asilo e migrazione*, Napoli, 2004.
 - *L'immigrazione e l'asilo nell'Europa allargata*, in M. R. SAULLE (a cura di), *L'Europa tra Costituzione, asilo e migrazione*, Napoli, 2004, p. 101 ss.
- SBOLCI L., *La Carta sociale europea*, in E. VITTA, V. GREMENTIERI (a cura di), *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, 1981, p. 799 ss.
- SCANNELLA P., SPRINTER P., *The United Nations Human Rights Council: a promise to be fulfilled*, in *HRLR*, 2007/1, pp. 41-72
- SCARPA S., *La tutela dei diritti delle vittime di tratta degli esseri umani ed il sistema premiale previsto dalla direttiva comunitaria 2004/81/CE*, in *Dir. immigr. cit.*, vol. 2, 2005, pp. 66-67.
- SCAVONE F., *La tratta di persone e lo sfruttamento sessuale dell'immigrazione clandestina*, in G. TINEBRA, A. CENTONZE (a cura di), *Il traffico internazionale di persone*, Milano, 2004, p. 93 ss.
- SCHACHTER O., *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.
- SCHEININ M., *Human rights treaties and the Vienna Convention on the law of treaties: conflict or harmony?*, in *The status of international treaties on human rights*, in *Collection Science and technique of democracy*, n. 42, Venice Commission, Council of Europe, 2006, p. 46 ss.
- SCHIEFFER M., *Community Readmission Agreements with Third Countries - Objectives, Substance and current State of negotiations*, in *EJML*, 2003.
- SCHIFF M., ÖZDEN C. (eds.) *International Migration, Remittances and the Brain Drain*, World Bank Report, NY, ott. 2005.
- SCHINDLMAYR T., *Sovereignty, legal regimes, and international migration*, in *IM*, vol. 41(2), 2003, pp. 109-123.
- SCHWELB E., *The International Convention on the Elimination of all forms of racial discrimination*, in *ICLQ*, 1966, p. 1001.
- SCICCHITANO S., *La tratta di esseri umani nel contesto dei processi migratori*, in *ASI*, 3/2000, p. 5 ss.
- SCISO E., *La condizione dei detenuti di Guantanamo fra diritto umanitario e garanzie dei diritti umani fondamentali*, in *RDI*, 1/2003, p. 113 ss.
- SCOBIE I., *Invocation de la Responsabilité pour la violation d'"Obligations découlant de normes impératives du droit international général"*, in P. M. DUPUY (sous la direction de), *Obligations Multilaterales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, Paris, 2003, p. 121 ss.
- SCOVAZZI T., *La lotta all'immigrazione clandestina alla luce del diritto internazionale del mare*, in *Dir. immigr. cit.*, 2003, pp. 48-60.
- *La tutela della vita umana in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l'Italia*, in *RDI*, 2005, pp. 106-120.
- SEIDL-HOHENVELDERN I., *International Economic Law*, The Hague, 1999, p. 105.
- ŞEN F., KORAY S., *Migrant Workers' Rights*, in J. SYMONIDES (ed.), *Human Rights: Concept and Standards*, Ashgate – Dartmouth, UNESCO Publishing, 2000, p. 330.
- SHELTON D., *Commitment and Compliance: the role of non-binding norms in International Legal System*, Oxford, 2000.
- *Are there differentiations among human rights? Jus Cogens, core human rights, obligations erga omnes and non-derogability*, in *The status of international treaties on human rights*, in *Collection Science and technique of democracy*, n. 42, Venice Commission, Council of Europe, 2006, p. 160 ss.
- SICILIANOS L. A., *Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale*, in P. M. DUPUY (sous la direction de), *Obligations Multilaterales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, Paris, 2003, p. 67.
- SICILIANOS L. A., GAVOUNELI M. (eds.), *Scientific and Technological Development and human rights*, Dordrecht, 2001.

- SIEGHART P., *The International Law of Human Rights*, Oxford, 1983, p. 75.
- SICO L., *Contrasto internazionale all'immigrazione clandestina*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Atti del IX convegno SIDI del 17-18 giugno 2004, 2005, Napoli, p. 136 ss.
- SIMMA B., *From bilateral to Community Interest in International law*, in *Recueil des Cours*, Hague, 1994.
- *International Human Rights and General International Law: A comparative analysis*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. IV, 2, 1995, p. 195 ss.
 - (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford, 2002.
 - *I diritti umani nel progetto della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale*, in M. SPINEDI, A. GIANELLI, M. L. ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Milano, 2006, p. 403 ss.
- SIMMA B., ALSTON P., *The sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles*, in P. ALSTON (ed.), *Human Rights Law*, Dartmouth, 1996, p. 14 ss.
- SIVAKUMARAN S., *The Rights of Migrant Workers One Year on: Transformation or Consolidation?*, in *Geo. J. Int'l L.*, vol. 36(1), 2004, p. 123.
- SMITH B., *The UN Human Rights Council and the Inherent Dignity of the Human Person*, in *HRB*, Vol. 13/3, 2006.
- SMITH R. K. M., *Textbook on International Human Rights*, Oxford, 2003.
- SODINI R., *Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, Montchrestien, 2000, p. 220.
- SOLOMON M. K., *GATS Mode 4 and the Mobility of Labour*, in R. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOU, E. MACDONALD (eds.), *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, T.M.C Asser Press, 2007, p. 107 ss.
- SOREL J. M., *L'emergence de la persone humaine en droit international: l'exemple de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice*, in *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 2169 ss.
- SPERDUTI G., *L'individuo nel diritto internazionale*, Milano, 1950.
- SPIEZIA F., FREZZA F., PACE N. M., *Il traffico e lo sfruttamento di esseri umani*, Milano, 2002.
- SPINEDI M., GIANELLI A., ALAIMO M. L. (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Milano, 2006.
- STACKHOUSE M. L., *Creeds, Society and Human Rights: A Study in Three Cultures Grand Rapids*, W. B. Eerdmans Publishing, 1984, p. 1.
- STANGOS P. N., *La jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés européennes concernant les travailleurs migrants, ressortissants de pays tiers*, in *RAE*, 2000, p. 112.
- STARACE V. (a cura di), *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, Milano, 1983.
- STAVROPOULOU M., *Monitoring the Rights of the Internally Displaced*, in G. ALFREDSSON, J. GRIMHEDEN, B. G. RAMCHARAN, A. de ZAYAS (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms. Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, Boston, 2001, p. 337.
- STROZZI G., *I "Principi" dell'ordinamento internazionale*, in *CI*, 1992, p. 162 ss.
- *Diritto dell'Unione europea. Parte Istituzionale. Dal Trattato di Roma alla Costituzione europea*, III ed., Torino, 2005.
 - (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale*, Torino, 2006.
- SWEPSTON L., *Supervision of ILO standards*, in *Int'l J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.*, 1997, p. 327 ss.
- *International Labour Organization (ILO) standards and human rights*, in Y. DANIELI, E. STAMATOPOULOU, C. DIAS (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights: Fifty Years and Beyond*, New York, 1999 p. 150.
 - *The International Labour Organization and Human Rights Access to the ILO*, in G. ALFREDSSON, J. GRIMHEDEN, B. G. RAMCHARAN, A. DE ZAYAS (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms. Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, Boston, 2001, p. 489.
 - *The International Labour Organization's system of human rights protection*, in J. SYMONIDES (ed.), *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*, UNESCO Publishing, 2003, p. 93.
- SYMONIDES J. (ed.), *Human rights: Concept and Standards*, UNESCO Publishing, 2000
- (ed.), *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*, UNESCO Publishing, 2003, p. 93.

- SUDRE F., *Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives*, in *RGDIP.*, 1996, p. 715 ss.
- TAMS C. J., *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge, 2005.
- TARAN P. A., *Safeguarding Migrants' Rights and Dignity in and beyond the smuggling dilemma*, Paper discusso in occasione del Seminario IOM, *International response to trafficking in migrants and the safeguarding of migrant rights*, 26-28 ottobre 1994.
- *Human rights of migrants: Challenges of the New Decade*, in *International Migration*, vol. 38 (6), 2000, p. 23.
 - *Status and Prospects for the UN Convention on Migrants' Rights*, in *EJML*, n. 2, 2000, p. 92 ss.
- TARAN P. A., MORENO-FONTES CHAMMARTIN G., *Getting at the Roots: Stopping Exploitation of Migrant Workers by Organized Crime*, 2003, su www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/pom/pom1e.pdf.
- TARDU M., "Migrant Workers", in *EPIL*, vol. III, 1997, p. 364.
- TAVERNIER P., *L'identification des règles fondamentales – un problème résolu?*, in C. TOMUSCHAT, J. M. THOUVENIN (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Boston, 2006, p. 1 ss.
- TEGA D., *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 67 ss.
- TEITGEN-COLLY C., *The European Union and Asylum: An Illusion of Protection*, in *CMLR*, 43/2006, pp. 1503-1566.
- TELESE G., *Dal Trattato di Amsterdam alla proclamazione della Carta dei diritti dell'Unione europea: recenti sviluppi nella codificazione dei diritti fondamentali in ambito comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 2001, p. 100 ss.
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, IV ed., Padova, 2005.
- THÜRER D., *Soft law*, in *EPIL*, 2000, p. 458.
- TIBURCIO C., *The human rights of alien under international and comparative law*, The Hague, 2001.
- TINEBRA G., CENTONZE A., (a cura di), *Il traffico internazionale di persone*, Milano, 2004.
- *I flussi migratori clandestini ed il traffico internazionale di persone*, in G. TINEBRA, A. CENTONZE (a cura di), *Il traffico internazionale di persone*, Milano, 2004, p. 149 ss.
- TIZZANO A., *Il trattato di Amsterdam*, Padova, 1998.
- *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, 2004.
- TONELLI S., *Irregular migration and human rights: a Council of Europe perspectives*, in B. BOGUSZ, R. CHOLEWINSKI, A. CYGAN, E. SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Boston, 2004, pp. 301-309.
- TOMUSCHAT C., THOUVENIN J. M. (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Boston, 2006.
- TOMUSCHAT C., *Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law*, in A. RANDELZHOFFER, C. TOMUSCHAT (eds.), *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, The Hague, 1999, pp. 1-25.
- TREVES T., *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 222 ss.
- TRIFFTERER O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999.
- TRIGGIANI E., *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in *SIE*, 3/2006, pp. 454-462.
- TRUONG T. D., *The Human Rights Question in the Global Sex Trade*, in K. ARTS, P. MIHYO (eds.), *Responding to the Human Rights Deficit. Essays in Honour of Bas de Gaay Fortman*, The Hague, 2003, p. 191 ss.
- TUFANO M. L., *L'integrazione degli stranieri legalmente residenti nell'Unione europea*, in I. CARACCIOLO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, Atti del Convegno 29-30 novembre 2004, Napoli, 2006, pp. 193-219.
- VALTICOS N., *La Charte Sociale Européenne. Sa structure, son contenu, le contrôle de son application*, in *Dr. Soc.*, 1963, p. 466 ss.
- *Les méthodes de la protection internationale de la liberté syndicale*, in *Recueil des Cours*, 1975, I, p. 110.
 - *The International Labour Organisation (ILO)*, in K. VASAK, *The International Dimensions of Human Rights*, vol. 1, UNESCO, 1982, p. 363 ss.

- *Les Commissions d'enquête de l'Organisation internationale du travail*, in *RGDIP*, 1987, p. 870 ss.
 - *Once More About the ILO System of Supervision: In What Respect is it Still a Model?*, in Studi in onore di H. Schermes, *Towards More Effective Supervision by International Organizations*, vol. I, 1994.
 - *Unité et diversité des droits de l'homme. Complementarité ou conflit?*, in *Scritti in onore di G. Gerin*, Padova, 1996, p. 451.
 - *Normes internationales du travail et droits de l'homme. Où en est-on à l'approche de l'an 2000?*, in *RIT*, vol. 137(2), 1998, pp. 151-163.
 - *Droits de l'homme et droits du travail sur le plan international – Questions anciennes et problèmes nouveaux*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle – Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, 2001, p. 475.
- VAN DE BOSCH M., *International legal protection of migrant workers, national minorities and indigenous people: comparing underlying concepts*, in *Int'l J. Min. Gr. R.*, 3/2002, pp. 195-233.
- VAN DER KLAUW J., *Irregular Migration and Asylum-seeking: forced marriage or reason for divorce?*, in B. BOGUSZ, R. CHOLEWINSKI, A. CYGAN, E. SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Boston, 2004, pp. 115-116.
- VAN IMPE K., *People for Sale: The Need for a Multidisciplinary Approach towards Human Trafficking*, in R. APPEYARD, J. SALT, *Perspectives on Trafficking of Migrants*, Offprint of International Migration (IOM), vol. 38(3) Special Issue 1/2000, pp. 113-131.
- VANDAMME, *La révision de la Charte sociale européenne*, in *RIT*, 1994, vol. 133/5-6, p. 697 ss.
- VARLEZ L., *Les migrations internationales et leur réglementation*, Recueil des cours, Volume 20 (1927-V), pp. 165-348.
- VASAK K., *The International Dimensions of Human Rights*, vol. 1, UNESCO, 1982.
- *Pour une troisième génération des droits de l'homme*, in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Dordrecht, 1984, p. 837 ss.
- VASSALLO PALEOLOGO F., *La Convenzione ONU del 1990 sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie in rapporto alle normative ed alle prassi dell'Unione Europea*, in *SE, XIL*(153), 2004, p. 59.
- VED P. NANDA, *The protection of the rights of migrant Workers: Unfinished business*, in *Asian Pac. M. J.*, vol. 2(2), 1993, pp. 161-178.
- VELLUTI S., *What European union strategy for integrating migrants? The role of OMC soft mechanisms in the development of an EU immigration policy*, in *EJML*, 1/2007, pp. 53-82.
- VENTURINI G., *La competenza materiale della Corte*, in *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale*, Atti del convegno SIDI del 12-13 giugno 1998, Napoli, 1999, p. 295 ss.
- (a cura di), *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2004.
- VERMEER-KÜNZLI A., *As if: The legal fiction in diplomatic protection*, in *EJIL*, 18/1, 2007, pp. 37-68.
- VERMEULEN G., *International Trafficking in Women and Children*, in *RIDPen*, 2001, pp. 837-883.
- VIARENGO I., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in B. NASCIMBENE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, p. 197 ss.
- *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in *RDI*, 4/2005, p. 955 ss.
- VIERUCCI L., *La tutela di diritti individuali in base alla Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari: in margine al caso LaGrand*, in *RDI*, 3, 2001, p. 686 ss.
- VIGEVANI G. E., *Associazione (libertà di)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. I, Milano, 2006, pp. 472-481.
- VILLANI U., *Le misure di applicazione della Convenzione internazionale sulla discriminazione razziale*, in *CI*, 1977, p. 445.
- *I Patti internazionali sui diritti dell'uomo a venticinque anni dalla loro adozione*, in *CI*, 1992, p. 139 ss.
 - *La politica dell'Unione europea in materia di immigrazione*, in *Il fenomeno dell'immigrazione clandestina. Aspetti penali e di prevenzione criminale*, Bari, 1997, p. 61 ss.

- *Attuazione e sviluppi della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Ragione pratica*, 1998.
 - *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *DUE*, 2004, p. 73 ss.
- VITTA E., *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in VITTA E., GREMENTIERI V. (a cura di), *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, 1981, p. 19 ss.
- VITTA E., GREMENTIERI V. (a cura di), *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, 1981.
- VOHRAH L. C. et al. (eds), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, 2003.
- VON HEBEL H., LAMMERS J. G., SCHUKKING J. (eds.), *Reflections on the International Criminal Court*, The Hague, 1999.
- VRENN A. M., *Prime considerazioni sul Decreto Legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 "Attuazione della direttiva n. 2003/109/CE relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo"*, in *Gli stranieri*, 1/2007, p. 24 ss.
- WASSERSTROM R., *Rights, Human Rights and Racial Discrimination*, in *JP*, n. 61, 1964, p. 628.
- WECKEL P., *Chronique de jurisprudence internationale*, in *RGDIP*, tomo CVIII, 2004, pp. 234-237.
- WEILER J., CASSESE A., SPINEDI M. (eds.), *International Crimes of States: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, NY, 1989.
- WEILER J. H. H., *Thou shalt not oppress a stranger: On the judicial protection of the human rights of non-EC nationals – A critique*, in *EJIL*, 1992, pp. 66-91.
- WEISSBRODT D., *The Protection of Non-Citizens in International Human Rights*, in R. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOU, E. MACDONALD (eds.), *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, T.M.C Asser Press, 2007, p. 221 ss.
- WETS J., *La dynamique migratoire internationale et son impact sur l'Europe*, in E. BORIBOSIA, REA A. (dir.), *Les nouvelles migrations - Un anjeu européen*, Bruxelles, 2002, p. 23 ss.
- WOLF F., *Human rights and the International Labour Organization*, in T. MERON, *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Oxford, 1984, p. 73.
- WOLFRUM R., Art. 56, B. SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford, 2002, pp. 941-944.
- WURCEL G., *Movement of workers in the WTO negotiations: a development perspective*, su www.gcim.org, ott. 2004.
- YAU J., *Promise and Prospects of the UN's Convention on migrant workers*, 1 marzo, 2005, su www.gcim.org.
- ZANGHÌ C., *La Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo*, in *CI*, 1970, p. 266 ss.
- *Diritto delle Organizzazioni Internazionali*, Torino, 2001.
 - (a cura di), *Immigrati e rifugiati nel Mediterraneo. La situazione in Sicilia*, Torino, 2003.
 - *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, IV ed., Torino, 2005, p. 322.
 - *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, seconda edizione, Torino, 2006, pp. 31-39.
- ZANGHÌ C., R. BEN ACHOUR, *La nouvelle Charte Arabe des Droits de l'Homme. Dialogue italo-arabe*, Actes de la Table Ronde italo-arabe du 17-18 décembre 2004 (Messina), Torino, 2005.
- ZEDILLO E., MESSERLIN P., NIELSON J., *Trade for Development*, UN Millennium Project. Task Force on Trade, 2005.
- ZEMANEK K., *How to Identify Peremptory Norms of International Law*, in P. M. DUPUY, B. FASSBENDER, M. N. SHAW, K. P. SOMMERMAN (eds.), *Common Values in International Law. Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Germania, 2006, p. 1103 ss.
- ZICCARDI P., *Organizzazione internazionale*, in *Enc. dir.*, XXXI, 1981, p.158 ss.